Die Vereinbarung

über die

Zuständigkeit der Gerichte,

historisch-dogmatisch dargestellt.

INAUGURAL-ABHANDLUNG

von

Karl Kraus.

München 1888.

Druck des Literarischen Instituts von Dr. Max Huttler (Konrad Fischer).

Die Vereinbarung

über die

Zuständigkeit der Gerichte,

historisch-dogmatisch dargestellt.

INAUGURAL-ABHANDLUNG

von

Karl Kraus.

München 1888.

Druck des Literarischen Instituts von Dr. Max Huttler (Konrad Fischer).

Sr. Magnificenz

dem

derzeitigen Rector der kgl. Ludwigs-Maximilians-Universität

Herrn Professor Dr. Schönfelder

zur Erinnerung an den 9. August 1888

in Liebe und Dankbarkeit gewidmet

von seinem Neffen

dem Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547425_0003

VORWORT.

Vorliegende Arbeit concurrirte um den für das Jahr 1886/87 von der juristischen Facultät der kgl. Ludwigs-Maximilians-Universität ausgeschriebenen Preis mit dem Erfolge, dass sie als die dritte der eingelaufenen Bearbeitungen der Preisfrage einer »lobenden Erwähnung« für würdig befunden wurde. Der Form nach etwas erweitert und — soweit es dem Verfasser bei seiner anderweiten Beschäftigung vergönnt war — in ihrem Inhalte um einiges bereichert, wurde sie sodann im Sommersemester 1888 abermals der hiesigen kgl. juristischen Facultät als Inaugural-Dissertation vorgelegt.

In ihrer damals gewonnenen Gestalt tritt diese Erstlings-Arbeit nunmehr unverändert an's Licht.

München, im October 1888.

Der Verfasser.

A.

Historischer Teil.

I. Das ältere deutsche Recht.

§ 1.

Das Rechtsinstitut, das der Theorie und Praxis unter dem Namen der prorogatio fori bekannt ist, entstammt nicht dem älteren deutschen Rechte, das wir bis ins 14. Jahrhundert in Deutschland in Geltung finden. Es ist vielmehr allgemein angenommen und gegenwärtig herrschende Lehre, dass das von fremden Einflüssen noch unberührte einheimische Recht keine Spuren einer Zuständigkeitsbegründung durch Vereinbarung der Parteien entdecken lässt.*) Und doch hatte dieser einheimische Process bereits eine nach Jahrhunderten zu messende Entwicklungsstufe zurückgelegt und war seit dem 13. Jahrhundert auch zu einer gewissen wissenschaftlichen Ausbildung gediehen.**)

Den Grund, der das Wirksamwerden des Parteiwillens auf dem Gebiete der Verteilung der Gerichtsgewalt hintanhielt, werden wir, wohl nicht mit Unrecht, in der fortschreitenden Zersplitterung derselben erkennen. Da nämlich die Scheidung des Rechts, und damit auch die der Organe zur Sicherung des Rechts, der Gerichte, nach Land und Stand den Geltungsbereich der gerichtsherrlichen Macht in enge Grenzen wies, bemühte sich diese naturgemäss ängstlich, alle weitere Minderung fern zu halten. Beim Vorhandensein eines einzigen Gerichts, eines Trägers der Gerichtsgewalt war dessen Wachsamkeit die denkbar grösste. Es knüpften sich ja an die Ausübung der Gerichtsbarkeit nicht blos ideale, sondern auch materielle Interessen.

Den Landesherren war es übrigens durch die überkommene Gestalt der Gerichtsverfassung erleichtert, ihre Gerichtseingesessenen bei sich fest und von fremden Gerichten fern zu halten. Nach ältestem deutschen Recht waren nämlich die Untertanen des Gerichtsherrn zugleich active Mitwirker bei Ausübung der Gerichtsgewalt, und andererseits konnte der Einzelne

*) Glück, Commentar III § 206. Die Stelle bei Planck, Gerichtsverf. I, S. 413: »wer die Antwort nicht weigerte, verliert die forideclinatorische Einrede«, sagt nur so viel, dass ein unzuständiges Gericht in solchem Falle Recht sprach, nicht, dass seine Thätigkeit auch von dem competenten Gerichte anerkannt werden musste.

**) Wetzell, System 1. Aufl. S. 5 ff. § 3, II am Anf.

nur vor seinen Standes- und Gerichtsgenossen zu Recht stehen. So waren die Parteien durch ein festes Band an ein bestimmtes Gericht gekettet, man wusste genau, wo über den Einzelnen Recht zu bekommen war, wo er zu Recht stehen musste, wo sein »Gerichtsstand« aufgesucht werden musste.*)

Darum findet sich auch der Gegensatz zwischen Gerichtsangehörigen und Gerichtsfremden im alten Sachsenrecht und namentlich im S. Sp. für die einzelnen Rechtskreise scharf betont. Nur die im Gerichtsbezirk eingesessenen Freien sind Angehörige des Landgerichts, nur dort stehen sie zu Recht. Die Lehensmannen nehmen in Lehenssachen nur vor dem diesem Rechtskreise entsprechenden Gerichte Recht. Analog verhält es sich bezüglich der eigenen Leute nach Hofrecht. Die Städte, deren Gerichtsbarkeit auf Privilegien beruht, schrieben ihren Bürgern ebenfalls vor, vor dem eigenen Stadtgerichte, namentlich gegenüber dem Landgerichte, von dessen Bezirk die Stadt jetzt eximirt war, Recht zu geben.

Nur ausnahmsweise werden auch die »geste« gezwungen zu antworten, aber in den sächsischen Städten werden diese Ausnahmen immer zahlreicher. Der Zwang gegen den Fremden wird zuerst wohl nur zu Gunsten des gerichtsangehörigen Klägers geübt; denn wollte der Gast einen Gerichtsangehörigen verklagen, so musste er dies bei dessen ordentlichem Gerichte. Er hatte keine Wahl.

Die Weiterbildung ist aber schliesslich die, dass man auch den Gästen unter sich Recht sprach, wenn sie es verlangten und das ist denn eine Einrichtung, die der Prorogation ähnelt. Von dieser unterschieden ist das erwähnte Institut wohl dadurch, dass das stadtgerichtliche Urteil nur innerhalb des Machtbereichs des Stadtgerichts Geltung hatte. Ob das Gericht, dem der Beklagte eigentlich angehörte und möglicherweise auch das für den Kläger zuständige Gericht gegebenen Falls ein derartiges Urteil respectirte, wird wohl fraglich sein. Erst die Anwendung des eindringenden fremden Rechts dürfte es dem an sich zuständigen Gerichte ermöglicht haben, ein solches Urteil gleich einem, das es selbst erlassen hatte, zu beachten.

Steht es nun aber auch fest, dass das alte deutsche Recht das Rechtsinstitut der Prorogation nicht kannte, so wird doch andrerseits die Vermutung gestattet werden können, dass auch auf diesem Gebiete der Einbürgerung des fremden Rechts die specifisch deutschen Einrichtungen manchen Anknüpfungspunkt gewährten. Diese Stützpunkte, die das vaterländische Recht darbot, aufzusuchen, muss sich an dieser Stelle eine historische Darstellung bemühen.

Bevor an diese Aufgabe seitens dieser Bearbeitung herangetreten wird, soll noch die Frage aufgeworfen werden, in welchem Zeitpunkte die Einführung der prorogatio fori in Deutschland sich vollzogen hat.

In einzelnen Anwendungen wird sie wohl schon sehr früh vorkommen, ob sie aber in Deutschland recipirt, d. h. geltendes Recht geworden sei, darüber hat sich der Streit bis in unser Jahrhundert fortgesetzt.

§ 2.

Fragt man, welche Erwägung den Gesetzgeber wohl dazu führt, dem Parteiwillen in gewissem Umfang die Bezeichnung und Auswahl des Richters für den einzelnen Fall zu überlassen, so wird die Antwort den Wunsch des Gesetzes hervorheben müssen, Rechtsstreitigkeiten

*) Glück a. a. O.

(Rechtsunsicherheiten) möglichst zu beseitigen. Zu bedeutend beschleunigter Behebung aber kommt es sicher dann, wenn sich die Streitsteile einmal auf die Person des »Richters« geeinigt haben. Regelmässig wird die Nachgiebigkeit der einen Partei bei Bereinigung solcher Vorfragen für die Beseitigung des Streites selbst nicht ohne Nutzen sein. Nicht selten wird man sogar sagen können, die Einigung auf den Richter steht gleich der Aufgabe des Streits. Immer ist jedenfalls das Interesse des Staates an der Herstellung des Friedens und der bedrohten Ordnung desto besser gewahrt, je bereitwilliger sie sich bezüglich des Streitpunktes in Harmonie setzen. Weil es nun der Gesetzgeber bereits als den ersten Schritt zum Frieden betrachtet, wenn die Parteien sich bezüglich des Richters geeinigt haben, gibt er ihnen, wo es nach seiner Meinung angeht, die Wahl desselben anheim.

Auf der anderen Seite wird aber zu sagen sein, dass es sicherlich als ein Hindernis für die Klarstellung des Rechts im einzelnen Falle erscheint, wenn die Parteien mit dem Richter unzufrieden sind, vor den sie kraft des Gesetzes verwiesen werden. Die Gründe dieser Unzufriedenheit können mannigfach sein: alles, was das Vertrauen der Streitenden mindern und zerstören kann. Die Folgen dieses Missbehagens werden nun besonders deutlich da ans Licht treten, wo der Gesetzgeber sich der hier besprochenen Erwägung noch verschliesst, wo er aus eigenem Willen, als Gebieter, ohne eine Rücksichtnahme auf die Rechtsuchenden diesen einen bestimmten, unvermeidlichen Gerichtstand anweist. Nur ein Ausweg ist hier den Parteien offen gelassen, — und die Geschichte zeigt, dass er nicht zu beschwerlich erachtet wird, sich seiner zu bedienen — der Ausweg nämlich, den Streit ohne Zuhilfenahme der staatlichen Gerichtsgewalt zu beseitigen. Hier bietet sich nun das Mittel der »Güte«, der »Sühne«, als ein in vielen Fällen taugliches an. Allein es reicht nur da zu, wo es sich zwischen den Streitsteilen um leichter verzichtbare Güter und Vorteile handelt. Nur hier werden sie so viele Opfer auf sich nehmen können und wollen, als nötig sind, zum Frieden zu gelangen. Ausserdem aber werden sie sich gegen übergrosse, unnötige, ihnen vom Rechte nicht zugemutete Nachgiebigkeit wahren und zwar dadurch, dass sie bei beiderseitigem guten Willen zu einem Schiedsmann ihre Zuflucht nehmen. Das ist nur ein Ausweg, der vereinzelt gebraucht, für den Staat unbedenklich bleibt. Wird er aber sehr häufig betreten, so werden auch seine Mängel mehr erkennbar werden und nicht selten wird es sich dann zeigen, dass dieses Mittel versagt. Hier wird nun der Staat sich zu fragen genötigt sein, ob nicht durch eine Verbesserung seiner Rechtspflege geholfen zu werden vermag. Der Gesetzgeber wird trachten, die Benützung des Rechtswegs zu erleichtern, das Verfahren einfacher, kürzer, billiger zu gestalten. Gelingt ihm dies, dann wird sicherlich ein Hemmnis beseitigt, das dem Staate die Erfüllung einer seiner eigensten, natürlichsten Aufgaben bis dahin erschwerte.

Wenn wir nun nach dieser allgemeinen Betrachtung zur Geschichte des älteren deutschen Processrechts zurückkehren, so finden wir eben dort eine ausgedehnte Anwendung der »Sühne« oder »Güte« und eine nicht minder häufige Auswahl von Schiedsleuten. Es wird zu vermuten erlaubt sein, dass diese Erscheinung wenigstens zum Teil auf der im Vorausgehenden berührten strengen Bindung*) des Gerichtsangehörigen an den iudex loci, wie sie dem deutschen Rechte in alter Zeit eigen war, beruhte. Allerdings waren in dieser Richtung noch andere Ursachen wirksam**) und vornehmlich die, dass die alten Gerichtsorganismen zu schwerfällig waren, als dass es den Rechtsuchenden leicht und mühelos möglich

*) Glück III 206 und die Citate aus der Sammlung der Capitularien von Baluzius bei demselben.
**) Vgl. Planck, Gerichtsverf. I 335.

gewesen wäre, sie in Thätigkeit zu setzen. Zwei dieser Ursachen sollen hier noch erwähnt werden:*)

1) Die eigentümliche Natur der alten Schöffenurteile, welche sich der eines Schiedspruches näherte. Denn wenn der Schöffe aussprach, dass für die Regelung einer eben vorliegenden Streitfrage ein bestimmter Rechtssatz zur Anwendung zu kommen habe und damit bezeugte, dass ein gewisser Rechtssatz bestehe, oder wenn das gefundene Urteil gar nur dahin lautete, dass der eine von den Streitsteilen in concreto Recht habe, — so mochte wohl nicht selten bei der Spärlichkeit der Rechtsaufzeichnung und der geringen Ausbildung der Rechtsinstitute ins Detail eine Billigkeitsentscheidung da zum Vorschein kommen, wo das den Schöffen geläufige Recht nicht anwendbar war.**)
2) Der Umstand, dass die deutsche »sune«, wenigstens nach dem Inhalt der sächsischen Quellen in dieser Richtung, in vielen Beziehungen dem Urteil gleichgestellt wurde. Insbesondere wurde ihr im Laufe der Zeit die dem Urteil wesentlichste Wirkung, nämlich den Rechtsstreit definitiv zu beenden, beigelegt.***)

§ 3.

Was den Ursprung dieser Sitte anlangt, den Rechtsstreit mit Umgehung des Gerichts durch Schiedsmänner austragen zu lassen, so können wir dieselbe bis in die Zeiten zurückverfolgen, aus denen unsere ältesten Nachrichten über das deutsche Gerichtsverfahren stammen. Sogar für das ordentliche Gerichtsverfahren selbst in vorkarolingischer Zeit hat z. B. Savigny die Vermutung ausgesprochen, dass damals, wo noch die ganze Gerichtsgemeinde Recht sprach, vielleicht jede Partei auch ohne besondere Gründe alle ihr bedenklichen Schöffen verwerfen konnte. »Schöffe« nimmt er hier noch gleich »Urteiler«, »Gerichtsgenosse« überhaupt, nicht als scabinus, »Berufsrichter« oder besser »Berufsurteiler«. In solchem Falle hätten dann beide Parteien in die Personen der nicht verworfenen Schöffen eingewilligt und seien diese als erwählte Schiedsrichter zu erachten gewesen — ein »Verhältnis, das ohne Zweifel der Sinnesart der ältesten Germanen sehr entsprechend gewesen« wäre†). Auch Walter hält diese Vermutung für nicht unwahrscheinlich.††) Weiter wird man dann wohl schliessen dürfen, dass es wegen des ihnen beiwohnenden Ansehens zumeist dieselben Personen der Gerichtsgemeinde gewesen sein werden, welche die Function des Urteilens übernahmen. Diese Thatsache war es denn, welche für Karl den Grossen das Mittel abgab, für die gebotenen Dinge stets die erforderliche Zahl von Schöffen zu beschaffen, indem er diese usuellen Urteiler zu berufsmässigen Richtern — scabini — umschuf.

Liesse sich der Ursprung der alten deutschen Gerichtsverfassung nach dem oben Geschilderten in dieser Weise vielleicht auf den Brauch, Schiedsleute zu kiesen, zurückführen, so ist andrerseits noch weit sicherer, dass man sehr häufig gerade die Personen aussergerichtlich den Streit beilegen liess, die in dem Vollgericht mit ihren Urteilen gewöhnlich die meiste

*) Zu dieser ganzen bisherigen Betrachtung: vgl. Stölzel, Entw. d. gelehrten Richtertums, Schlussbetrachtung II.

**) Vgl. das obige Citat bei Stölzel.

***) Planck, Gerichtsverf. S. 335. Stölzel, S. 236.

†) Savigny, Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter I. 206.

††) Ferd. Walter, deutsche Rechtsgesch. II 315.

Folge zu finden pflegten. Stölzel erklärt beispielsweise aus dieser Thatsache die Möglichkeit, mit dem schwerfälligen Apparat der Vollgerichte allein dem Bedürfnis der Rechtsuchenden lange Zeit zu genügen.*)

Aber selbst für die Zeit nach Einführung der Berufsschöffen wird nichts im Wege stehen, sich auch diese noch als Schiedsrichter aussergerichtlich in Function zu denken, gerade deshalb, weil der ungebotenen Gerichte so wenige waren, und es bedeutende Schwierigkeiten bieten musste, für einen dringlichen Fall ein ausserordentliches Gericht schnell genug zu berufen. Es wird behauptet, dass auch nach dem Aufkommen der Berufsschöffen die Gerichtsgenossen, wenn sie erschienen waren, noch nicht von der Urteilsfindung ausgeschlossen waren.**) Es mochte vorkommen, dass ein angesehener Nichtschöffe gegen die Meinung aller Schöffen mit seinem Vorschlag siegte und dass man nunmehr auch ihn als Nichtschöffen zum Schiedsrichter bereitwillig sich vorschlagen liess. Denn überall war doch bei der Auswahl der Schiedsleute der Grund massgebend, dass man die betreffende Person für in dem Rechte erfahren, für »weise« hielt. So wählte man denn späterhin zunächst die Schöffen selbst, weil diese ja kraft ihres Amtes das Recht kennen mussten, — sie hatten es überliefert erhalten. Dann erkor man auch andere geachtete Leute, namentlich wo es nicht auf genaue Rechtskunde ankam. Endlich fiel die Wahl mehr und mehr naturgemäss auf gewisse andere Personen, deren Ansehen allmählig auf Kosten desjenigen der Schöffen wuchs, auf die in den fremden Rechten Unterrichteten, auf die »Gelehrten«***) (anstatt die »Weisen«).

§ 4.

Eine Streitfrage, die in der Lehre von den Erfordernissen des römischen Compromissum zur Erörterung gelangt, geht dahin, ob es nach römischem Rechte möglich gewesen sei, auch einen öffentlichen Richter, vielleicht sogar den für die Streitsache ohnehin competenten, zum arbiter†) zu nehmen. Vielleicht ist diese Frage für das römische Recht††) zu bejahen; für das deutsche Recht gestellt, ist sie sicher dahin zu beantworten, dass im älteren deutschen Recht neben anderen öffentlichen Personen die Vereinbarung sehr häufig auf solche fiel, die mit Gerichtsgewalt anderweitig ausgestattet waren.†††) In derartigen Fällen ergibt die Vergleichung der Sachlage mit den einer prorogatio fori zu Grunde liegenden Verhältnissen — äusserlich angesehen — eine weitere Analogie. Indess ist gerade die Aussenseite der Dinge damals, als sich die Reception der fremden Rechte in Deutschland vollzog, ein nicht unwichtiger Behelf für die Erleichterung der letzteren geworden. Diejenigen nämlich, welche das fremdländische Recht herübernahmen, waren sich ihres schwierigen Unternehmens keineswegs unbewusst. Sie suchten daher möglichst unerkannt das Fremde einzubürgern, indem sie an die Aeusserlichkeiten anknüpften, die sie an den alten, einheimischen Rechtsgewohnheiten gegenüber dem romanischen Rechte wahrzunehmen vermochten. So gelang es ihnen auch, trotz der Missgunst des Laienelements, des Volkes überhaupt, der in ihrer Existenz bedrohten Schöffen insbesondere, die gewaltige That unmerklich, aber wirklich zu vollführen.

---

*) Stölzel, Entw. S. 237.
**) Savigny, a. a. O. S. 200.
***) Stölzel a. a. O.
†) Arndts, Pandekten § 270 Anm. 2 i. f.
††) Mit Rücksicht auf l. 3 § 2 i. f. 4, 8.
†††) Planck, Lehrbuch § 21 S. 78. — Gerichtsverf. S. 334.

Hier möge nun die Untersuchung darüber eröffnet werden, welches der Prorogation eigentümliche Moment denn bei der zuletzt geschilderten Sachlage noch aussteht, mit anderen Worten in denjenigen Fällen, wo die Parteien ihren Streit vor einen wirklichen Richter, auf den sie sich geeinigt hatten, zur Schiedung brachten. Es soll sich hiebei nicht um Aufzählung allenfallsiger äusserer Verschiedenheiten handeln, so z. B. dass bei gerichtlichem Verfahren das Schöffencolleg das Urteil fand, welches der Richter dann ausgab, während beim Schiedsvertrag derselbe Urteil fand und sprach. Vielmehr soll in eine kurze Erörterung der charakteristischen Merkmale des Schiedsvertrags in der oben geschilderten Entwickelung einerseits, der Prorogation andrerseits eingetreten werden.

Wenn Hellmann*) das schiedsrichterliche Verfahren der R.-C.-P.-O. als die »Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreits vor, bezw. von Richtern, welche durch Verfügung von Privatpersonen, anstatt durch die Gerichtsverfassung des Staats aufgestellt sind«, definirt, so ist diese »Aufstellung« als solche für den betreffenden Rechtsstreit zu denken und hiemit haben wir dann wohl das unterscheidende Moment bereits vor Augen. Es muss in dieser Beziehung auf die Quelle der Berufung des Richters (im weiteren Sinne) zur Behandlung des concreten Falles ankommen.

Zwar scheint gerade bezüglich der Competenzbegründung durch Prorogation eine Schwierigkeit sich zu ergeben. Hier kann man nämlich in gewissem Sinne sagen, der Richter sei gesetzlich zur Behandlung des betreffenden Falles nicht berufen, während doch hinwiederum die Berufung eines staatlichen Richters zur Entscheidung des Falles mit Wirkung für den Staat allüberall durch den Gesetzgeber erfolgen muss.

Wenn es also bezüglich des Schiedsvertrags ausser Zweifel liegt, dass der Schiedsrichter seine Machtstellung dem Parteiwillen verdankt, könnte andrerseits behauptet werden, auch die Prorogation bestehe in einer Willensäusserung der Parteien und darum sei auch das forum prorogatum competent kraft Parteiwillens.

Hier kommt nun in Betracht, dass bei der prorogatio fori der Gesetzgeber die Parteivereinbarung als Motiv und Erkennungszeichen benützt, um den Entscheider des concreten Falls mit Gerichtsgewalt auszustatten. Kraft seiner Ermächtigung handelt der Richter, aber allerdings darum, weil dies den Parteien so genehm ist. In der Folge zeigt sich dies ganz deutlich: Die Entscheidung des iudex prorogatus ist ein Act der demselben übertragenen Staatsgewalt und wird als solcher respectirt, während die Entscheidung des Schiedrichters lediglich auf der Parteiwillkür ruht, und, wenn sie auch processrechtlich ähnliche Wirkung wie das staatliche Urteil beigelegt erhält, immer doch bleibt, was sie war, ein Willensact der Parteien.

So ist zwar in beiden Fällen, je nach dem berufenden Subject, der Inhalt der Ermächtigung ein verschiedener, aber immer der Macht des Subjects der Berufung entsprechender. Nur kommt beim Schiedsspruch der Umstand hinzu, dass es der Gesetzgeber für zweckmässig erachten kann, seine natürliche Wirkung noch unter gewissen Voraussetzungen zu verstärken, ihm eine an sich nicht vorhandene Wirkung beizulegen. Nach diesen Gesichtspunkten dürfte vielleicht zu erklären sein, wie die Reichs-Civil-Process Ordnung dazu geführt wird, Bestimmungen über das schiedsrichterliche Verfahren zu normiren, also ein an sich privatrechtliches Institut mit öffentlich rechtlichen Wirkungen zu versehen.

*) Lehrbuch S. 1018 i. f.

§ 5.

An letzter Stelle soll in diesem Zusammenhang noch jener Rechtsbildung gedacht werden, die sich in den sächsischen Stadtrechten findet und wohl mit Fug als dasjenige Institut des älteren deutschen Rechts zu bezeichnen ist, welches der römisch-rechtlichen Prorogation am nächsten kommt. Freilich wird es sich hier ebenfalls um blosse äusserliche Verwandtschaft handeln.

Es ist dies die von Planck*) hervorgehobene Einrichtung im Rechte der sächsischen Städte, wonach »in bürgerlichen Schuldsachen dem Gaste auch gegen den Gast, selbst wegen auswärts eingegangener Verbindlichkeiten, Recht gesprochen wurde«.

Es wäre hier zu untersuchen:

1) Die Entwickelung dieses Instituts,
2) zu fragen, ob damit vielleicht schon das fremdländische Rechtsinstitut der Prorogation sich in Deutschland zeigt.

Die Entwickelung hat Planck selbst angedeutet durch den Ort, wo er dieses Rechtssatzes Erwähnung thut. Es geschieht dies im Zusammenhange mit der Lehre von der Rechtsweigerung. Der Fall der Rechtsweigerung gehört aber zu denjenigen, bei deren Vorhandensein sich auch der »utwendige man« auf die Klage einlassen muss. Es wird sich also wohl um eine aus Zweckmässigkeitsgründen erweiterte Einlassungspflicht hier handeln. Bei dem fortgesetzten Streben der Städte, ihre Gerichtsgewalt auszudehnen, mindestens soweit es das Interesse der Stadt zu gebieten schien, werden sie auch dazu gelangt sein, nur vorübergehend in der Stadt Anwesende nicht nur auf Anrufen eines Bürgers, sondern sogar eines Fremden, vor ihr Gericht zu ziehen. Kam man ja doch sogar soweit, diesen Gerichtszwang auch gegen Nichterscheinende durchzusetzen.

Auf der andern Seite ist aber hiemit schon ausgesprochen, dass es gar nicht darauf ankam, ob der Verklagte auch hier Recht zu nehmen bereit war. Von einer Willensübereinstimmung, wie sie im Grundgedanken der Prorogation enthalten ist, war also hier nicht die Rede, so dass wir es immer noch mit heterogenen Rechtsgebilden zu thun haben.

Aeusserlich freilich liegt ein Anklang an die prorogatio fori darum vor, weil der Beklagte vor einem ihm fremden Gerichte zu Recht steht und weiter ist eine noch höhere Aehnlichkeit dann gegeben, wenn Kläger und Beklagter einig darüber waren, vor dem Stadtgericht ihren Streit schlichten zu lassen. Gleichwohl ist kaum erweislich, dass die ordentlichen Gerichte des Klägers, wie des Beklagten, auch in solchem Falle das Urteil des Stadtgerichts als rechtmässig, auch für sie selbst und vor ihnen selbst gültig anerkannten. Bei der prorogatio fori dagegen ist das Eigentümliche gerade das, dass auch dem ordentlichen Richter gegenüber das ergangene Urteil als rechtsverbindlich erscheint.

II. Die fremden Rechte.

A. Das römische Recht.

§ 6.

Da das römische Recht zwar den Namen »iurisdictionis prorogatio« nicht gebraucht,**) wohl aber an den Stellen, die auf das betreffende ihm wohlbekannte Institut bezüglich sind, stets von der Jurisdiction als demjenigen Ding spricht, das dabei gegenständlich in Betracht kommt, — wird zuerst mit einigen Worten auf den Begriff »iurisdictio« einzugehen sein.

*) Vergl. Gerichtsverf. I. 85.

**) Wetzell S. 426 ff. Note 28 (System).

Soviel ist neuestens wohl anerkannt, dass man sich unter dem ius dicere*) ein »Eröffnen«, »Zeigen«, »Ans Lichtbringen« der unter dem Namen »ius« begriffenen Normen durch die Träger der Staatsgewalt zu denken hat. Dagegen besteht namentlich darüber Streit, wie sich diese iurisdictio zu dem imperium des Rechtsprechenden verhalten habe. Es fragt sich nämlich, ob die iurisdictio ihren Ursprung aus dem imperium ableite,**) ob sie ein Zweig des imperium sei, oder ob sie von Haus aus gleichwertig neben diesem steht.

Aus l. 3 2, 1 erfahren wir, dass von den beiden Arten des imperium, die danach unterschieden wurden, das merum imperium eine potestas, eine Macht, ein Können ist, im Zusammenhalte mit der Herleitung des Wortes also ein »Befehlen-Können«. Darum wird denn auch dieses merum imperium schlechtweg »Potestas«, gleichsam das „Allkönnen" genannt. Aus derselben Stelle ist zwar für das uns hier mehr interessirende imperium mixtum keine directe Begriffsbestimmung zu entnehmen. Allein daraus, dass auch dieses Ding imperium heisst, ferner daraus, dass kein Einwand gegen die Bezeichnung allenfalls heterogener Begriffe mit demselben Namen erhoben wird, wird wohl soviel geschlossen werden dürfen, dass es sich auch beim imperium mixtum um dieselbe Potestas, dasselbe Können, wie beim imperium merum, handelt. Nur hat dieses Können noch eine Vermischung mit einem anderen Thun, vielleicht mit einem anderen Können gefunden. Jedenfalls wird die iurisdictio später als Befugnis nach einer Seite hin noch in derselben Stelle bezeichnet, sohin als nichts anderes, als ein abgeleitetes Können. Denkt man an den teilweise sacralen Ursprung des Rechts, an die Zeit, wo die Priester noch eröffneten, was Rechtens sei, so wird wohl wahrscheinlich, dass sich unter dem Begriffe zwei verschiedenartige Thätigkeiten, das imperare weltlichen Ursprungs und das ius dicere sacralen Ursprungs vereinigten. Als ein Können wird das imperium auch in l. 215 50, 16 bezeichnet: ‚potestatis verbo in persona magistratuum imperium significatur'. Die licentia aber wird wohl ebenso auf die übrigen Bestandteile der iurisdictio zu beziehen sein, wie auf das iudicem dare.

Rührt nun das Rechtsprechen wirklich aus einer anderen Quelle her als das imperium, so verwandelt es sich aus der ursprünglichen blossen Thätigkeit als iura reddere, iura regere***) als Eröffnen der unbekannten Satzung,†) mit der Uebertragung an den Inhaber des imperium in eine licentia, wohl auch in ein ius (ähnlich wie die patria potestas ein solches ius ist nach § 2 J 1, 9).

Für die blosse Thätigkeit kommen Ausdrücke wie praeesse iuri dicundo, allenfalls praeesse iurisdictioni und die Bezeichnung »officium« vor.††) Auf die Umgestaltung in eine licentia, ein ius, weisen hin diese Ausdrücke in l. 1 und 3 2, 1. »potest« sagt die citirte l. 1.

Wie aber der Wirkungskreis und die Thätigkeit des Trägers der Staatsgewalt stets nicht blos als Recht, sondern auch als Pflicht erscheint, so auch die licentia iudicis (w. S.) als officium in l. 1 cit.

Während wir nun sehen, dass derjenige, auf den die Jurisdiction überging, der magistratus ist, also der Träger der Staatsgewalt, werden wir auch andrerseits sagen dürfen, dass

---

*) *δεικνύναι.*

**) Hiezu Keller, der röm. C.-P. I. Kap.

***) l. 2 § 27 1, 2. — § 13 eod.

†) Vergl. »legem Salicam dicere Savigny«, Geschichte Bd. I. 216.

††) l. 2 § 13 2, 1; vergl. auch den Hinweis auf die Etymologie des Wortes dicere (*δεικνύναι*) bei Keller. Dazu Heffter, System 37.

magistratus derjenige ist, dem imperium beiwohnt. Mit diesem hat sich die iurisdictio so innig vereinigt, dass sie in l. 3 lediglich noch als dessen Bestandteil erscheint.*)

§ 7.

Wenden wir uns nun nach Erledigung des Grundbegriffes der iurisdictio zu den Vorschriften, die das römische Recht bezüglich der Prorogation enthält, so ist die älteste Bestimmung, von der wir Kunde haben, die lex Julia iudiciorum von Augustus. Über den Inhalt dieses Gesetzes, soweit es uns hier interessirt, erhalten wir aber lediglich durch die Verarbeitung Ulpians in l. 1 und l. 2 D 5, 1 Nachricht.

Nach diesen Stellen ist das Element der Prorogation — und wie es auf den ersten Blick scheint — das eine Element derselben ein »se subiicere iurisdictioni«. Gegensatz zu diesem se subiicere ist, wie wir aus den beiden Stellen entnehmen, das subiectum esse iurisdictioni. Hienach kann man also

1) schon ohne ein eigenes Zuthun subiectus sein.
2) es durch eigene Thätigkeit werden, wenn man es noch nicht ohnedies ist.

ad 1) Bei Betrachtung der ersteren Eventualität bietet sich Gelegenheit, sowohl das Wesen der Subjection, als der Jurisdiction, wie das Wort hier gebraucht ist, zu untersuchen. Das subiectum esse**) bezeichnet einen Zustand, der — wie wir aus den beiden citirten Stellen selbst ersehen — darin besteht, dass, wie es heisst, iurisdictio eius est. Das ist also nur die Kehrseite des subiectum esse: privati sunt iurisdictioni eius subiecti. Dieselben Punkte, die hienach zur Erörterung stehen, kommen nun aber auch bei dem zweiten Falle wieder in Betracht.

ad 2) Liegt also der Fall vor, dass aliqui se iurisdictioni subiiciant, so ist nichts natürlicher, als dass die Folge die ist, dass auch sie subiecti werden. Dagegen müssen wir denn aus diesem Anlasse weiter sehen, wie die Parteien dieses se subiicere, die Selbstunterwerfung, zu Wege bringen.

Das Resultat ist aber vorläufig folgendes: Es ist möglich, dass die Parteien durch ihren Willen (indem sie eine Handlung vornehmen) den Effect erzielen, dass sie iurisdictioni alicuius subiecti sunt, denselben Zustand herbeiführen, der in andern Fällen schon ohne ein Zuthun der Streitsteile gegeben ist. Andererseits tritt auf Seite des ius dicens infolge einer Willensäusserung gewisser Personen iurisdictio so ein (»est« iurisdictio), oder ist so eingetreten und besteht also, wie sie ein anderer ius dicens oder auch derselbe inter alios hat.

Eines soll noch hervorgehoben werden: Nach dem Wortlaut der l. 1 cit. möchte es scheinen, als ob immer ein beiderseitiges se subiicere nötig wäre, um den in Frage stehenden Erfolg herbeizuführen. Allein da das Gegenteil nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, wird es immerhin fraglich sein, ob es nicht genügt, wenn seitens des einen privatus schon ohnehin subiectio vorliegt und nur dessen Widerpart noch eine gewisse Willensäusserung vornimmt. Wir werden uns nun zu dieser letzeren Annahme entschliessen dürfen, insbesondere deshalb, weil der Wortlaut der Stelle, wie gesagt, kein Hindernis bietet. Aber auch l. 14 2, 1 weist darauf hin, dass bei der besprochenen Sachlage der gleiche Effect eintritt.

---

*) l. 2 2, 1 scheint die iurisdictio als das früher übertragene Moment, das imperium als die Zuthat zu bezeichnen; allein die Stelle lässt sich wohl auch so verstehen: »Es kommt nicht jedem ius dicens das ganze imperium zu, sondern nur soviel er nötig hat«, so dass also an die Reihenfolge einer Uebertragung hier überhaupt nicht gedacht wird.

**) l. 2 D. 5, 1.

Festhalten müssen wir dagegen, dass eine beiderseitige Subjection vorliegen muss, einerlei wie sie begründet ist, ob mit oder ohne Zuthun des einen und des andern Litiganten. Dann aber tritt die Folge ein, dass iurisdictio begründet wird. Was dies heisst, sagt l. 14 2, 1 potest ei et adversus eum (se subiicientem) ius dici. Auch hier also finden wir die potestas wieder, zu der die iurisdictio zufolge ihrer Verschmelzung mit dem imperium geworden ist.

Dagegen ist so viel schon jetzt ersichtlich, dass das beiderseitige se subiicere resp. subiectum esse nicht allgemeine Voraussetzung für jede Jurisdiction sein kann, wie l. 14 2, 1 zu sagen scheint. Vielmehr ist in dieser Hinsicht nur von dem Pouvoir des einen, bestimmten iudex die Rede.

Dies ergibt sich auch aus l. 1 und 2 5, 1, wo iurisdictio fast stets den Beisatz ejus »des gewissen« iudex, alicuius »irgend eines bestimmten« iudex hat. Nur aus sprachlicher Rücksicht, um die Wiederholung zu meiden, fehlt dieser Beisatz in l. 1 cit.

§ 8.

Was nun des weitern die Feststellung des Inhalts der Subjection anlangt, so bezeichnet dieser Begriff den Ausschluss der Defension gegen einen Angriff, den Abstand von der Verteidigung da, wo die Unterwerfung eine freiwillige ist. Die Verteidigung ist hier gerichtet gegen die Jurisdiction; man will das ius dicere, die Thätigkeit des ius dicens gegen und über den Widerstrebenden abwehren. Wenn nun dieser Widerstand beseitigt ist, sei es freiwillig, sei es ohne dies, dann kann das ius dicere vor sich gehen und die gewöhnliche Wirkung erzielen.

Was Folge des subiectum esse im einzelnen ist, wird hier nicht zu erörtern sein, sondern eine allgemeine processuale Lehre bilden. In der Hauptsache besteht die Wirkung des Unterworfenseins unter die Gerichtsgewalt darin, dass man Verfahren, Urteil und Vollstreckung über sich ergehen lassen muss. Man wehrt sich dagegen, dass ein bestimmter ius dicens es unternimmt, den Streit, den wir mit einem andern führen, sei es nun zu unsern Gunsten oder Ungunsten zu beseitigen, also gegen ein iudicare seinerseits. Da wir aber dieses iudicare ausgeschlossen wissen wollen, weigern wir auch die Gestattung der Vorbereitung desselben, des procedere.

Haben wir so gesehen, was wir eigentlich unter dem se subiicere und subiectum esse zu denken haben, so wirft sich weiter die Frage auf, wann und wo wir denn in der Lage sind, uns als subiecti betrachten zu müssen, sei es an sich, oder weil wir das so wollen. Mit andern Worten: das Anwendungsgebiet, das Bereich der Subjectionsthatsache ist zu umschreiben.

Hier ist nun zu sagen, dass es für alle der Staatsgewalt unterworfenen Personen naturgemäss einen Richter in dem Träger der Staatsgewalt gibt, dass aber die physische Unmöglichkeit, dass einer alles bewältige, dazu führt, eine Teilung des Arbeitsstoffes unter eine Anzahl von Organen des ursprünglich einen Trägers der Gerichtsgewalt eintreten zu lassen. Diese Teilung muss aber so ins Werk gesetzt werden, dass alle denkbaren Fälle zugewiesen werden, dass also für jeden Streit auch ein Richter vorhanden ist.*) Daraus ergibt sich denn naturgemäss, dass es angesichts des einzelnen Streites einen zugehörigen und eine Anzahl unzugehörige Richter gibt, mit andern Worten: Ein einzelner Process untersteht einem (oder auch mehreren) Richter, anderen Richtern aber nicht. Die Teilung ist aber, da der Streit eine Summe von Thätigkeiten ist und die Thätigkeit sich an Personen knüpft, zum sehr grossen

*) Wetzell, System S. 296.

Teil in der Weise vollzogen, dass die einzelnen Personen nach irgend einer Regel den einzelnen Gerichten zugeteilt, »unterworfen« sind. So entsteht also das Verhältniss, dass jemand »subiectus est iurisdictioni eius«.

Einen Schritt weiter gehend sehen wir alsdann als die uns hier zumeist interessirende Thatsache die Möglichkeit offen, dass der einem gewissen Richter unterstehende privatus sich auch einem andern, dem er nicht subiectus ist, selbst subiiciren kann.

Wie ist es nun aber zu erklären, dass in lex 1 D 5, 1 von einer beiderseitigen Subjection die Sprache ist? Ist nemlich jede Person einem Richter unterworfen, dessen procedere und iudicare sie nach dem Obigen unterliegt, so folgt,*) dass derjenige, der von dem andern etwas verlangt, sich an den Richter wenden muss, dem iurisdictio über den Anzufordernden zukommt: actor rei forum sequitur. Liegt es nun so, dass für den Kläger ein anderer Richter der zugehörige, zuständige, competens ist, als für den Beklagten, und sucht nun nach obiger Regel der Kläger den für den Beklagten zuständigen Richter auf, so ist je auf Seiten des Klägers nach der aufgestellten Voraussetzung Subjection nicht gegeben. Aber in dem vorliegenden Falle ist auch begrifflich gar nichts anderes denkbar, als dass entweder das für den Kläger oder das für den Beklagten an sich unzuständige Gericht den Fall in die Hand nimmt. Es bedarf also notwendig einer Erweiterung der Competenzverteilung. Der Kläger oder der Beklagte muss einem an sich unzuständigen Richter unterworfen werden. Nach der Rechtsregel ist nun die Competenz des beklagtischen Richters auf den Kläger ausgedehnt: das ist ein zweiter Sinn des Satzes: actor rei forum sequitur. Es muss aber immer eine Subjection seitens beider Streitsteile gegeben sein, um den Process zu erledigen.**) Es handelt sich zwar allerdings, vom Standpunkte des Klägers aus betrachtet, zunächst um ein zu erzwingendes Thun des Beklagten; sowie aber der Streit begonnen hat, in vielfacher Hinsicht auch um ein Thun des Klägers.

Diese Subjection des Klägers, der bei dem für ihn unzuständigen Gerichte klagt, ist nun ein wirkliches se subiicere. Der Kläger nimmt eine Subjection seiner selbst vor. Aber er ist von Rechtswegen genötigt, sie vorzunehmen.

Daraus ergeben sich für die folgende Entwickelung zwei wichtige Sätze:

1) In den Fällen, wo der Kläger durch die Regeln über die Competenzverteilung vor ein ausschliesslich bezeichnetes oder auch wahlweise von ihm zu benützendes Gericht verwiesen wird, liegt kein se subiicere im technischen Sinne vor.
2) In den Fällen der prorogatio fori handelt es sich um ein begrifflich von dem sub 1) verschiedenes se subiicere.

§ 9.

Indem das Gesetz den Kläger anweist, seine Klage bei dem oder einem forum rei zu erheben, unterwirft es den Kläger selbst dem forum rei, macht dieses zum forum auch des Klägers. Es dient also, wie wir bereits sahen, der Satz: actor rei forum sequitur zur Ergänzung der Normen über die örtliche Zuständigkeitsverteilung. Der Satz aber sagt soviel: qui agit, subiectus est foro rei. Es braucht jemand nur das forum des Beklagten anzugehen, dann ist er schon subiectus, ohne dass es auf seinen Willen, es zu sein ankäme. Auch jemand, der ein Gericht für rücksichtlich des Beklagten unzuständig hält, und eben deswegen dort klagt,

*) Planck, Lehrbuch S. 93^2.

**) Planck, Lehrbuch S. 25 Zeile 8 des Textes von unten.

ist subiectus, selbst gebunden. Er hat eben das forum rei angegangen, das dadurch, dass er mit seiner actio den reus zum reus macht, auch sein eigenes forum wird.

Anders dann, wenn der actor ein für den Beklagten unzuständiges Gericht angeht. Da kann er, wenn sich nachher ein Irrtum herausstellt, an und für sich zurück. Hier ist ein vollbewusstes se subiicere nötig und zwar nicht nur von Seiten des Beklagten, sondern auch, was uns hier interessirt, von Seiten des Klägers. Hier besteht die gesetzliche Competenzordnung nicht. Hier bedarf es, wenn das Gericht doch mit Erfolg vorgehen soll, einer weiteren Bestimmung. Denn

1) ist kein forum rei vorhanden,

2) kann der Satz actor rei forum sequitur nicht zur Anwendung kommen.

Diese ferner zu fordernde Bestimmung erzeugte das Rechtsinstitut der prorogatio fori.

Hier wird ein se subiicere im technischen Sinne gefordert, weil ein subiectum esse durch die gesetzliche Competenzverteilung nicht begründet ist. Und zwar wird zur Herstellung des forum rei ein se subiicere von Seiten des Beklagten erfordert.

Wir werden aber auch sagen dürfen, dass das se subiicere auf Seiten des Klägers, das bei der Prorogation ebenso, wie auch sonst vorkommt, nicht das wesentliche Moment bei dem Rechtsinstitute der prorogatio fori darstellt. Es wird vielmehr zu sagen sein, dass es im Prorogationsfalle dasselbe bleibt wie auch sonst, ein se subiicere im weiteren Sinne.

Dagegen auf Seiten des Beklagten kommt es eben hier zur technischen Subjection. Ihm ist es völlig freigestellt, ob er sich dem unzuständigen Gerichte unterwerfen will oder nicht — auf seinen Willen kommt alles an. Gerade dadurch unterscheidet sich die von ihm vollzogene Subjectionshandlung von der des Klägers. Die des Klägers erlangt rechtliche Wirkung erst, wenn die des Beklagten schon vollzogen war. Der Wille des Beklagten hat in diesem Falle das forum rei geschaffen. Dadurch, dass jetzt der Kläger hier klagt, thut er nichts anderes, als wenn er bei einem anderen facultativen forum des Beklagten aufträte. Das, was er thut, ist eine ihm rechtlich auferlegte Handlung, die er überall vornehmen muss, so oft er klagt. Er hat nicht die Wahl, ob er sich subiiciren will, wenn er klagt, aber er hat die Wahl, ob er klagen will. Diese Wahl hat er immer. Sein Wille kommt ferner nicht selten noch nach der anderen Richtung in Betracht, dass es ihm freisteht, hier oder anderswo zu klagen; aber immer muss er bei einem forum rei klagen. Der Gerichtsstand richtet sich also stets nach dem Beklagten. Auch bei der Prorogation vollzieht der Kläger lediglich eine Auswahl unter mehreren fora rei, von welchen aber eines die Eigenschaft hat, dass es vom Gesetze nur bedingungsweise, für den Fall der Einwilligung des Beklagten, eröffnet wird.

Nun ist es aber allerdings auch möglich, dass der Beklagte sich noch gar nicht geäussert hat, zu der Zeit, wo der Kläger ein an sich für den Beklagten unzuständiges Gericht angeht. Das ist aber keine Ausnahme von der obigen Regel. Wenn hier hinterher Prorogation doch eintritt, so tritt sie ein durch die Subjection des Beklagten; sie allein ist sicherlich die causa efficiens. Der Act des Klägers stellt sich nur als ein bedingungsweise vollzogener, als ein vorsorglicher dar. Die Competenz aber wird effectuirt lediglich durch den Willen des Beklagten,*)

*) Der Beklagte schafft die Competenz des Gerichts. Hiefür ist einerlei, ob der Kläger sich mittels einer anzustellenden Klage ebenfalls subiicirt. So wenig da, wo dem Kläger schon nach den allgemeinen Regeln über die Zuständigkeit die Wahl zwischen mehreren Gerichtsständen gegeben ist, durch seine Wahl die nichtgewählten fora die Competenz verlieren, sowenig verliert das Gericht, dem sich der Beklagte freiwillig unterworfen hat, seine hiedurch begründete Fähigkeit zur Jurisdiction, wenn hinterher der Kläger doch nicht hier klagt. Vergl. Bayer, Vorträge § 78 zu 1.

wenn gleich dazu, dass sie wirklich in Frage kommen kann, auch eine Thätigkeit des Klägers erforderlich wird.

Wir haben bisher von der technischen Subjection des Beklagten nur in abstracto gesprochen, ohne die Frage zu erörtern, worin denn diese Handlung nach ihrem Thatbestande erscheint. Soviel ist nun sicher, dass das se subiicere eine Handlung ist, die eine Äusserung an sich tragen muss. Es fragt sich nur, ob sie eine bestimmte Äusserung nach römischem Rechte enthält oder nicht, mit anderen Worten: ob sie an eine Form geknüpft ist. Ausgesprochen ist dies nun allerdings in den Quellen nicht; wir werden aber doch die litis contestatio als den Zeitpunkt bezeichnen dürfen, wo sie gegeben ist, wenn sie überhaupt je zu Stande kommt. Aus der Zeit des Formularprocesses ist ja von einer Prorogatio fori keine Spur erhalten. Man nimmt an, dass sie ihren Ursprung auf die lex Julia iudiciorum zurückleite, also wohl auf eines der Gesetze, die nach der Notiz bei Caius IV, 30 unter Beseitigung des Legisactionen-Processes die Benützung der formulae einführten. Die litis contestatio war ja dazu bestimmt, den Anspruch des Klägers und die Aufnahme des Streits seitens des Beklagten förmlich zu constatiren.*) Nimmt aber der Beklagte den Streit auf, so nimmt er ihn hier, bei diesem praetor, bei diesem iudex auf und documentirt so — von einem Irrtum abgesehen — seinen Subjectionswillen. So blieb das Verhältnis denn auch, als die litis contestatio mit dem Abkommen des per formulas litigare und dem ausschliesslichen Gebrauch der extraordinaria cognitio eine neue Form in dem beiderseitigen Calumnieneide erhielt. Verschiedene Stellen unserer Quellen, die den Subjectionsact des Beklagten näher umschreiben, weisen auf die Bedeutung der litis contestatio für die Documentirung des Prorogationswillens hin. Dort ist die Rede von einem »se defendere«, »iudicium suscipere«, »respondere«, »in iudicem consentire«.**) Die l. 33 D 5, 1 verbietet ausdrücklich den Schluss auf Unterwerfung aus der Thatsache der editio generis actionis. Damit spricht sie aber zugleich aus, dass es doch Thatsachen gibt, aus denen das »in iudicem consentire» geschlossen werden kann. Daraus würde sich ergeben, dass eine bestimmte Handlung, die das se subiicere ausdrückt, allein ausdrückt, nicht bezeichnet war. Es musste nur eine Handlung vorliegen, die einen Schluss darauf gestattete, dass der iudex, das iudicium, das iudex esto, die formula angenommen werde von diesem praetor; oder zur Zeit der extraordinaria cognitio: dass man sich vor diesem iudex zur Sache selbst defendire, dass man in der Sache selbst respondire.

Eine Handlung, wodurch der Beklagte aber lediglich seinen Willen kund that, zu erfahren, was man von ihm begehre, enthält keinen Schluss darauf, dass er hier processiren wolle.

§ 10.

Die obige Darstellung führte zu dem Ergebnisse, dass das Wesen der prorogatio fori in dem Subjectionsacte des Beklagten begründet sei. Hienach wäre schon mit diesem Acte die Competenz des Richters begründet, der Kläger machte nur von ihr Gebrauch. Damit würde l. 14 D 2, 1 übereinstimmen, die von einseitiger Subjection des Beklagten redet. Ei et adversum eum potest ius dici, was nicht etwa heisst: »zu seinen Gunsten, wenn er Kläger ist, zu seinen Ungunsten, wenn er verklagt ist«. Der Satz scheint mir vielmehr auf die formula zugeschnitten: »si paret — condemna, si non paret — absolve«, und das umsomehr, als ja die Concipirung der formula das ius dicere enthält.***) Mit dieser Anschauung, glaube ich,

*) Keller, röm. Civilprozess § 59. — Wetzell, System S. 76.

**) Vergl. Keller, röm. Civilprozess § 59. l. 2 § 3 D 5, 1. l. 2 § 4 D 5, 1. l 15. l. 18 D 2, 1. l. 33 5, 1.

***) l. 18 2, 1 »praetor«.

würde aber auch l. 1 D 5, 1 nicht im Widerspruche stehen. Sie spricht nur die Folge aus, die eintritt, wenn auch der Kläger noch das seinige thut: »est iurisdictio«, »sie ist begründet«, kommt in Fluss. Die Möglichkeit, dass dieser praetor Recht spreche, bringt nichtsdestoweniger der Beklagte zu Stande.

Allein, wenngleich das so ist, so müssen wir nun doch weiter fragen, in welcher Weise die in Betracht kommenden Quellenstellen aufzufassen sind, die so nachdrücklich ein gleichheitliches Thun und dazu ein gleichheitliches Wollen auf Seiten des Klägers und des Beklagten fordern.

Wir haben bereits bei Betrachtung des beiderseitigen Thuns der Parteien, des se subiicere, in demselben eine Handlung erkannt, sowohl dann, wenn es vom Kläger, wie wenn es vom Beklagten ausgeht. Heute nennen wir eine solche Handlung, die in der Absicht und mit dem Erfolge, dass sie processuale Wirkungen nach sich ziehe bezw. zieht, eine Processhandlung. Allein wir haben uns doch auch genötigt gesehen, diese scheinbar eine und einzige Processhandlung, »se subiicere« genannt, die sowohl vom Kläger, wie Beklagten vorgenommen wird, in eine Subjectionshandlung w. und e. Sinnes aufzulösen. Damit ist aber zugleich ausgesprochen, dass es sich nur äusserlich um dieselbe Handlung frägt, mit andern Worten, dass zwar der Form nach ähnliche, dem Wesen nach verschiedene Handlungen in Rede stehen.

Es ist zwar richtig, dass Kläger wie Beklagter etwas thun, um ein bestimmtes Gericht in Thätigkeit zu setzen, ebenso wie sie beide gleichmässig so vorgehen eben darum, weil sie beide dieses Gericht in Thätigkeit sehen wollen. Allein es geht doch nicht an, darum nun auch anzunehmen, dass sich ihr gleichmässiger Wille durch eine ganz gleichmässig wirkende Handlung äussere. Das ist schon der Natur der Sache nach, der notwendig verschiedenen processualen Stellung der Parteien wegen, undenkbar.

Wählt der Jurist in l. 1 D 5, 1 nun doch ein farbloses Wort, das nichts weiter sagt, als dass irgend eine Handlung, die für einen gewissen Willen concludent ist, von beiden Parteien vorgenommen werden muss, so gibt er damit deutlich zu verstehen, dass es eben nichts anderes, als der geäusserte Wille beider Teile ist, der die iurisdictio ermöglicht. Wir sind allerdings der Sache noch weiter auf den Grund gegangen und haben gefunden, dass zwar zur Ausübung der Gerichtsgewalt im concreten Fall auch der Wille des Klägers gehört, dass aber der in jedem Falle vorhanden sein muss, wo bei irgend einem Gerichte geklagt wird, wonach er kein wesentliches Merkmal der prorogatio fori sein kann.

Daraus hat sich ergeben, dass die Begründung der Zuständigkeit im Falle des forum prorogatum im Willen des Beklagten allein und ausschliesslich zu suchen ist.

Damit aber, dass wir in dieser Weise den Pluralis »se subiiciant« erklärt haben, ist es noch nicht genug. Die Stelle fuhr weiter »et consentiant«. Mit diesen Worten ist zunächst hervorgehoben, dass auch der Wille der Parteien in Wirklichkeit einer sein muss, wie er einer ist nach dem, was aus ihrem Thun geschlossen zu werden vermag. Darnach bezeichnet der Ausdruck das zu jeder Handlung erforderliche Willensmoment, das hier, weil die Handlungen einen Willen bekunden sollen, auch in Wirklichkeit bei beiden Parteien dasselbe sein soll. Wir waren nun schon oben zu dem Schlusse gelangt, dass der wesentliche Gehalt des se subiicere der Wille sei und bei dem beiderseitigen se subiicere der gemeinsame Wille. Nunmehr erhalten wir hiefür die Bestätigung in dem et consentiant. Gleichwohl sagen die beiden Ausdrücke nicht dasselbe. Es wird, wie wir sahen, beiderseits eine den gleichartigen Willen bekundende Processhandlung gefordert.

Dem Richter gegenüber wird eine Handlung vorgenommen, zwar eine andere bei dem Kläger, eine andere bei dem Beklagten, beiderseits aber eine solche, welche den gleichheitlichen Willen, dass gerade dieser Richter sprechen möge, bekundet. Eine solche Handlung ist dem Richter gegenüber notwendig, weil eine zu erzielende Processwirkung in Frage steht. Darum genügt es nicht, dass die Parteien ihren gemeinsamen Willen sich gegenseitig äussern, durch Wort oder That, sie müssen denselben auch als freien, unabhängigen, jeder für sich dem Richter gegenüber bekunden. Immer ist hier ausschlaggebend die Notwendigkeit einer Processhandlung.

Es dürfte wohl nur in dem römischen Sprachgebrauche, ein unterwichtiges Moment dem schwererwiegenden coordinirt entgegenzusetzen, der Grund zu suchen sein, warum hier scheinbar ein Zweifaches zur Begründung der richterlichen Thätigkeit erfordert wird. Die Grammatik bezeichnet diese römische Eigentümlichkeit als Hendiadys oder Hendiadyoin. Unserem deutschen Gedanken entspricht es besser, das wirksame Moment, das allerdings gewisser Eigenschaften nicht entbehren kann, allein substantivisch zur Geltung zu bringen. Wir sagen »freiwillige Unterwerfung«, wo die Römer von »se subiicere et consentire« reden.

§ 11.

Es möchte vielleicht auffällig scheinen, dass Ulpian nach der kurzen Andeutung der Subjectionshandlung sich im weiteren Verlaufe seiner Erörterungen in l. 1 und 2 D 5, 1 darauf beschränkt, lediglich den consensus, das consentire, convenire näher zu untersuchen. Nach dem früher Erörterten versteht sich diese sonst etwas überraschende Thatsache indessen, wie ich glaube, sehr leicht. Während auch Ulpian nämlich einerseits den Willen der Parteien als für die Prorogation entscheidend ansieht, erkennt er durch sein Schweigen andrerseits die lediglich secundäre Bedeutung einer für denselben concludenten Handlung ebenfalls an.

Uns stellt sich nun ebenfalls die Aufgabe, den consensus hinsichtlich seines Inhalts und seiner Wirkung, namentlich auch rücksichtlich der Mängel des ersteren, der Ausschlussgründe des letzteren näher zu betrachten. In l. 15 2, 1 wird als der Inhalt der Convention der praeses schlechtweg und bündig bezeichnet, ebenso in l. 2 pr. 5, 1.

Auf den Richter haben die Parteien gleichsam ihr Augenmerk, ihren Sinn gerichtet »consentire, consensus«.

Im Gegensatze zu dieser abkürzenden Redeweise bezeichnet l. 18 D 2, 1 das Willensmoment in dem convenire auf der einen Seite, den Inhalt und Zweck dieses Willens auf der anderen Seite: »ut alius praetor, quam cuius iurisdictio est, ius diceret«.

Das kann nun nichts anderes heissen, als dass die Parteien das ius dicere des Prätors veranlassen wollen. Denn an sich ist es nicht denkbar, dass man durch blosses Wollen erfolgreich die Thätigkeit eines Andern hervorruft. Dieses noch erforderliche »Veranlassen« als Folge des Consenses, des beiderseitigen Wunsches, bezeichnet nun näher l. 1 D 5, 1: »si se subiiciant aliqui iurisdictioni et consentiant« (consentiant nämlich se subiicere).

Darnach bildet den Gegenstand der Vereinbarung das »se subiicere«, folglich das subiectum esse oder das Correlat hiezu »iurisdictionem eius esse« oder »sibi et adversus se ius dici posse«. Gegenstand der Uebereinkunft ist also, dass es dem Richter ermöglicht werden solle, den Fall zu behandeln dadurch, dass man sich demselben unterwirft. Weil der Richter thätig werden soll, versprechen sich die Parteien gegenseitig, das ihrige zu thun, um den Richter hiezu zu ermächtigen. Hier kommt nun das se subiicere des Klägers zur Geltung.

Weil es sich nicht blos darum handelt, dem Richter die Fähigkeit zur Jurisdiction in concreto zu geben, sondern weil er die Jurisdiction auch üben soll, muss auch der Kläger das seinige thun, muss auch er sich unterwerfen. Mehr aber ist dann nicht erforderlich, sufficit privatorum consensus, der Richter braucht nicht zu wissen und nicht zu wollen.*)

Als Inhalt des Consenses haben wir also nach den bisher betrachteten Quellenstellen eben das gefunden, was sich als Parteiwille in dem beiderseitigen se subiicere erkennen lässt. Es ist also einerseits der Wille der Parteien Grund dafür, dass ein iudex incompetens den gegenwärtigen Fall behandelt. So wird denn auch in mehreren Digestenstellen der consensus als causa efficiens dieses — ich möchte sagen — äusserlichen Erfolges bezeichnet.**) In diesen Belegen ist überall von einem thatsächlichen Thätigwerden des iudex incompetens die Rede.

Dagegen die innere Thatsache der Competenzbegründung wird durch den Willen des Beklagten allein bewirkt,***) wenngleich unsere Quellen auch hier z. B. in l. 1 D 5, 1†) scheinbar consensus fordern eben deshalb, weil sie zugleich das Gebrauchmachen von der vorhandenen Competenz mit im Auge haben.

Andrerseits dürfen wir doch nicht übersehen, dass sowohl zu jener äusserlichen Prorogation, wie zu diesem inneren Vorgang der Competenzschaffung eine Aeusserung des Willens verlangt wird, ein thatsächliches Subjectionszeichen. Das ist nun der Punkt, auf den wir zurückzugreifen haben, wenn wir im folgenden daran gehen, die römischen Anschauungen und Grundsätze bezüglich des sogenannten pactum prorogationis zu betrachten.

§ 12.

Der die Jurisdiction des incompetens iudex begründende Wille kann sich denkbarer Weise äussern:

a) im Laufe des Prozesses erst oder schon vor Beginn desselben,
b) ohne dass seitens des Klägers ein entsprechender Wille geäussert wird, oder so, dass eine zweiseitige übereinstimmende Willensäusserung vollzogen wird.

ad a. Bezüglich der ersteren Alternative hat die frühere Betrachtung bereits ergeben, dass das römische Recht allenthalben eine Willensäusserung an den Richter, eine Processhandlung erfordert. Es könnte nur fraglich werden, ob das erforderte se subiicere denn wirklich in dem Sinne einer Handlung im e. S. zu nehmen ist, ob es nicht vielleicht schon genügt, wenn vor Beginn des Processes eine Aeusserung des Beklagten gegeben ist, er subiicire sich einem bestimmten Richter, ob nicht darin schon die Subjection erblickt werden könne.

Allein angesichts des Wortlauts der sämmtlichen im Bisherigen zur Vergleichung herangezogenen Belegstellen sind wir sicherlich zu einer derartigen extensiven Interpretation nicht berechtigt. Es wird fast in allen diesen Zeugnissen zu unverkennbar der Processbeginn, die bereits erfolgte aditio iudicis, ja in l. 14 D 2, 1 sogar noch ein weiteres (nämlich im Zusammenhalte mit den übrigen Stellen) vorausgesetzt. Wir werden also genöthigt sein, dabei stehen zu bleiben, dass se subiicere eine Processhandlung bedeutet. Welche Processhandlung in concreto gemeint sei, ist, wie wir ebenfalls im früheren Zusammenhange sagten, nicht mit voller Sicherheit abzugrenzen.

*) l. 2 § 1 D 5, 1.
**) Z. B. l. 15 D 2, 1.
***) Vergl. l. 14 D 2, 1.
†) »est iurisdictio« = die Möglichkeit des ius dicendi, die Competenz ist vorhanden. Vergl. l. 18 D 2, 1 »quam cuius iurisdictio esset«.

Vom Kläger wird zweifellos das adire iudicem verlangt, vom Beklagten das respondere gefordert.*)

ad b. Im bisher Dargestellten, wurde wiederholt das Verhältnis der einseitigen subiectio des Beklagten und der zweiseitigen beider Streitsteile in seiner rechtlichen Bedeutung untersucht für die Zeit nach dem Beginne des Processes. Bezüglich einer an sich sehr wohl denkbaren beiderseitigen Willensäusserung vor Processbeginn haben wir eine ausdrückliche Norm in l. 18 D 2, 1, die, wie schon im Voraus bemerkt werden mag, auch einen Stützpunkt für die zu a eingenommene Stellung darbietet. In der gedachten Stelle wird ausdrücklich der Fall statuirt, dass es schon vor der aditio iudicis zu einer zweiseitigen voluntas, ein incompetenter Richter solle die Streitsache in die Hand nehmen, gekommen ist.

Obwohl noch bis in die neueste Zeit der Sinn der Stelle in verschiedener Weise interpretirt würde, hat man doch überwiegend angenommen, dass dieselbe die Unverbindlichkeit des sog. pactum prorogationis ausspreche.**)

Angenommen, der Wortlaut der Stelle würde es irgendwie zweifelhaft lassen, in welchem Sinne er zu verstehen sei, so würden wir, wie ich glaube, entschieden genötigt sein, die Stelle so zu interpretiren, wie der statuirte Fall nach den im corpus iuris enthaltenen übrigen Grundsätzen über das Rechtsinstitut der prorogatio fori zu entscheiden wäre. Darnach würden wir wohl sagen müssen, dass in allen anderen Stellen zur prorogatio subiectio gefordert wird, dass also auch im Falle der l. 18 cit. der Grund der nicht vorhandenen Competenz im Mangel der subiectio zu suchen sein dürfte.

Es kommt aber noch hinzu, dass wir der Stelle entschieden Zwang anthun müssten, wenn wir das »mutata voluntas fuerit« im Sinne von »einen entgegengesetzten Vertrag schliessen« nehmen würden, wobei sich dann auch die sicher nicht zu billigende Folgerung ergäbe, dass postquam adiretur die Parteien festgehalten würden.***)

Es dürfte mithin kaum zu bezweifeln sein, dass ein solcher Prorogationsvertrag im römischen Rechte nur indirecte Wirkung z. B. infolge der poenae stipulatio haben konnte.

Es wird sich ferner kaum in unzweifelhafter Weise feststellen lassen, ob Justinian diese Rechtslage durch l. 51 C 1, 3 und l. 29 C 2, 3 wirklich abändern wollte, wie Schmid a. a. O. annimmt, oder ob die genannte Vorschrift sich nur auf ein privilegium fori beziehen sollte. Die Motivirung der Stellen wenigstens dürfte geeignet gewesen sein, das antea dubitari auch in anderen Fällen auszuschliessen.†)

Das Resultat ist also dies, dass die Vereinbarung bezüglich der Jurisdiction vor Processbeginn nach römischem Rechte, sicher in früherer, wahrscheinlich aber auch in späterer Zeit, für sich allein die prorogatio fori nicht zur Folge hatte. Es musste subiectio hinzukommen wenn die beabsichtigte Wirkung eintreten sollte.

Im Laufe des Rechtsstreits aber war die Subjection des Klägers, die Erklärung seines Willens, vor diesem Richter Recht zu nehmen, durch sein adire sicherlich gegeben. Es konnte

*) l. 15 D 2, 1. l. 18 eod.

**) Vergl. hiezu Planck, Lehrbuch S. 78[6].

***) Vergl. Schmid, Handbuch des gem. d. C.-P. § 56 bei Note 32. Es dürfte übrigens nicht unwiderleglich feststehen, dass der sogenannte Prorogationsvertrag als pactum nudum eine exceptio, bezw. replicatio erzeugen musste. Vergl. l. 1 § 3 D 2, 14, wonach ein negotium = ein seiner Natur nach vermögens-rechtliches praestare erforderlich sein dürfte. Die hier in Frage stehende conventio ging aber, wenigstens in erster Linie auf ein praestare andrer Art. l. 51 C 1, 3 »pacta« dürfte nicht entgegenstehen. Die nuda conventio ist nach Paull. rec. sent. I, 1 ebenfalls obligatio, wird also auch den in l. 3 pr. 44, 7 geforderten Inhalt gehabt haben.

†) Vergl. aber Planck, Lehrbuch S. 79[6].

nun der Beklagte entweder ausdrücklich seinerseits seine Einwilligung zur Behandlung des Processes geben oder er konnte auch durch Vornahme von concludenten Processhandlungen seinen übereinstimmenden Willen zum Ausdruck bringen. Dass es schon im römischen Rechte eine prorogatio tacita gab, lernen wir aus l. 2 § 1 D 5, 1 »praetor autem ignoret consentire.« Indessen wird kaum zu bezweifeln sein, dass die Prorogation auch durch ausdrückliche Erklärung geschehen konnte. Denn wenn die Erklärung auch keine Handlung im gewöhnlichen Wortsinne ist, so ist sie doch eine Handlung im weiteren Sinne und lässt sich der Begriff des »se subiicere« ohne Zwang auch auf solche Erklärungen erstrecken.

Eine Erklärung (respondere?), die nicht unmittelbar dahin ging, dass der Beklagte die Jurisdiction des Prätors anerkenne, konnte möglicherweise als concludente Handlung*) in Betracht kommen, so namentlich die Verteidigung durch andere exceptiones, oder gar durch litis contestatio**) ohne vorgängigen Gebrauch der praescriptiones fori.

§ 13.

Ehe wir uns von der durch die Parteien zu vollziehenden »freiwilligen Unterwerfung« abwenden, haben wir uns noch die Bestimmungen zu vergegenwärtigen, welche l. 2 D 5, 1 bezüglich der Willens- und infolge dessen Subjections-Mängel aufstellt.

Positiv verlangt die Stelle:

1) Kenntnis der Parteien davon, dass sie dem anzugehenden Richter nicht kraft gesetzlicher Vorschrift unterworfen sind;
2) einen auf Subjection gerichteten Willen.

Fehlt eines dieser Erfordernisse, so kommt die iurisdictio des anzugehenden, bezw. angegangenen Richters nicht zu Stande.***) Gleichgiltig ist nach den allegirten Stellen, ob die Parteien in einem sog. error iuris oder error facti befangen sind; es schliesst ferner hienach auch ein selbstverschuldeter Irrtum den Consens aus.†)

Hinsichtlich der ersten Voraussetzung kann ein Mangel daraus sich ergeben, dass sie irrtümlich glauben, sie seien schon von Rechtswegen subiecti dieses Richters. Hier ist ein Prorogationswille überhaupt ausgeschlossen infolge unrichtiger Auffassung der Sachlage.

Auf den Willen bezieht sich ein zweiter Mangel des Consenses. Die Parteien wollten sich einem andern, als dem angegangenen Richter unterwerfen. Hier ist es zu einem Prorogationswillen gekommen, er trägt aber einen Fehler in sich. Auch für solche Willensfehler aus unrichtiger Erkenntnis ist der Ausdruck »error« anwendbar. l. 15 D 2, 1. l. 2 pr. D 5, 1.

Dem letzteren Falle ist gleichzustellen der andere, da der Mangel des wirklich vorhandenen Prorogationswillens in vis besteht, statt in error. Hier scheint es sich um einen error des vires praetoris Exequirenden gehandelt zu haben.

Eines lässt sich aus der zuletzt gepflogenen Betrachtung noch feststellen, dass der consensus kein blosses gleichheitliches Meinen, sondern ein Wissen und andererseits ein Wollen — beides ohne Mangel —, ist und sein muss. Dieser in bestimmter Weise geäusserte Wille ist dann

*) l. 52 pr. 5, 1. Schmid, Handbuch § 56[44].

**) Dies war jedenfalls schon im römischen Recht regelmässig die erste Processhandlung des Beklagten, die einen diesbezüglichen Schluss gestattete.

***) »nihil valebit, quod actum est« l. 15 D 2, 1.

†) Wach, Arch. Bd. 62 S. 373 ff. I.

aber auch die bewegende Kraft, die die Competenz des iudex begründet und von ihr Gebrauch macht.*)

§ 14.

Da es sich bei der prorogatio fori nur um die Beschaffung der Möglichkeit, einen concreten Fall zu behandeln, für einen nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung incompetenten Richter handelt, nicht aber um eine Übertragung von Gerichtsgewalt, wozu die Parteien niemals befähigt wären, ergibt sich, dass es ein wirklicher iudex sein muss, der durch Prorogation zuständig gemacht werden soll. Es wird also ein Träger staatlicher Gerichtsgewalt als derjenige vorausgesetzt, der durch Parteiwillen eine facultas iudicandi erhalten soll. Das spricht l. 3 C 3, 13 ausdrücklich aus. Sie fügt hinzu, dass der Spruch eines blosen privatus niemals rei iudicatae auctoritatem, d. h. die staatlich anerkannte Macht eines richterlichen Urteils habe.

Handelt es sich nun bei der »freiwilligen Unterwerfung« der Parteien unter einen iudex incompetens um die Ausübung einer staatlichen Function, so würde sich ergeben, dass der angegangene Richter die Sache in die Hand nehmen müsste, wenn seitens der Parteien das nötige geschehen ist. Es würde ihm nicht gestattet sein, die Ausübung der ohne sein Zuthun begründeten Competenz**) zu weigern. Vielmehr würde zu sagen sein, dass hier der Richter ebenso officio fungi müsse, wie in andern Fällen, wo in den Quellen gesagt ist »est eius iurisdictio«. Daher dürfte es wenigstens für die Kaiserzeit, wo die grosse Selbständigkeit der magistratus verschwand, nicht unwahrscheinlich sein, dass die Beamten gehalten waren, überall Recht zu sprechen, wo ihnen von Gesetzeswegen die Competenz gegeben war. Unzweifelhaft lässt sich kaum mehr feststellen, ob dem so war oder nicht. Daher ist unter den Schriftstellern über römisches Recht die Frage bis heute eine offene, wenngleich überwiegend Freiheit des iudex angenommen wird.

B. Das canonische Recht.

§ 15.

Die Stellung, welche das canonische Recht dem in der Justinianeischen Rechtssammlung niedergelegten Prorogationssysteme gegenüber einnahm, darf wohl in Kürze durch folgende zwei Normen charakterisirt werden:

1) Soweit das canonische Recht sich beimass, auch für Laien Anwendung zu finden, hat es im Grunde die prorogatio fori des römischen Rechts recipirt.
2) Bezüglich der Clericer dagegen wurde die Prorogation aus Gründen der Ordnung und Disciplin nur in beschränktem Masse gestattet.

Im Allgemeinen hat man also das römische Recht auch in diesem Rechtskreise für anwendbar erklärt. Dabei wurde bei Anwendung der römischen Normen, wie es scheint, das Bedürfnis nach einer bequemeren, mundgerechten Terminologie empfunden. Die Hauptstellen des canonischen Rechts, die hier in Betracht kommen:

*) l. 3 C 3, 13 »privatorum consensus iudicem facit«. — »iudicem eligere«, »audientiam eius eligere«, »consentientibus adversariis sententiam tulit«, »res ex consensu iudicata« l. 1 C 3, 13.

**) Dass die Competenz des Richters ohne dessen Zuthun zu Stande kommt, ergibt sich aus l. 2 § 1 D 5, 1 »praetor autem ignoret consentire« und direct: »sufficit privatorum consensus« damit »iurisdictio est«.

C. 18 X 2, 2, C. 32 und C. 40 X 1, 29 bekunden ein gewisses Suchen nach einem anschaulichen, kurzen Namen für die zu bezeichnende Sache. C. 18 X 2, 2 gebraucht fast wörtlich die Ausdrücke des römischen Rechts.*) Wahrscheinlich aus diesem wurde auch der nach den citirten beiden anderen Stellen C. 32 und 40 für das in Frage stehende Rechtsinstitut schon fast ausschliesslich gebrauchte Ausdruck »prorogare« herübergenommen, obwohl derselbe in l. 2 § 2 D 5, 1**) in anderem Zusammenhange gebraucht ist.

Die C. 18 X 2, 2 enthält aber damit, dass sie fast wörtlich die Terminologie des corpus iuris civilis recipirt, ein Zeugnis dafür, dass dieser römische Sprachgebrauch auch im 13. Jahrhundert noch der Rechtsanschauung adäquat ist; sie ist eine stillschweigende Anerkennung und Bestätigung des Prorogationsinstituts in allen wesentlichen Puncten.

Hienach steht auch damals noch eine Competenzerstreckung des incompetens iudex in Frage, der ermächtigt wird, seine iurisdictio da zu bethätigen, wo ihm dies ohne Prorogation nicht gestattet wäre. Der iudex incompetens wird zum iudex suus, zum Richter für die prorogirenden Parteien und folgeweise für das zwischen ihnen bestehende Streitverhältnis gemacht. Doch muss auch nach dem Rechte der Kirche bereits iurisdictio in der Person des durch Prorogation zuständig zu machenden gegeben sein. Nur wenn diese Voraussetzung vorliegt, wenn es sich um eine Person handelt, qui iurisdictioni praeesse dignoscitur, kann begriffsmässig davon die Rede sein, dass derselben gestattet wird, einen ihr durch die Normen über die Geschäftsverteilung nicht zugewiesenen Fall ausnahmsweise doch in die Hand zu nehmen. Diese begriffliche Bedeutung der prorogatio fori erkennt auch C. 32 X 1, 29***) an.

Es wird nun aber zu untersuchen sein, inwieweit der dem canonischen Recht eigentümliche terminus zur Bezeichnung dieses Effectes gerechtfertigt ist. Wir werden hier zu sagen haben, dass dieser Name mehr einer Betrachtung der äusseren Vorgänge entstammt, als er über die juristische Bedeutung derselben Aufschluss gibt. Es handelt sich jedoch nicht um eine Erweiterung weder der in dem ius dicere liegenden Thätigkeit, noch um eine Erweiterung der zu seiner Thätigkeit berechtigenden, bezw. verpflichtenden, aus der Souveränität des Staates oder der Kirche abgeleiteten potestas. Lediglich um eine prorogatio des von der Staats- resp. Kirchengewalt umgrenzten Gebietes, innerhalb dessen diese Gewalt thätig werden soll, kann es sich fragen. Nicht die iurisdictio des iudex wird erweitert, sondern der Kreis der ihr unterliegenden Personen, der Wirkungskreis der Jurisdiction. Freilich hat diese Prorogirung auch eine gesteigerte Bethätigung der iurisdictio zur Folge; es wird nötig, häufiger, in einer grösseren Zahl von Fällen, von ihr Gebrauch zu machen. Das exercitium iurisdictionis ist ein gesteigertes. Nur daraus, dass man schloss, die innerhalb des grösseren Geltungsbereichs wirkende potestas werde auch die intensivere sein, lässt sich der Ausdruck prorogatio iurisdictionis erklären.†) Iurisdictio hat hier also die Bedeutung von Geschäftskreis der iurisdictio. Dieser Gedankengang lässt denn auch den Ausdruck der C. 40 cit. verstehen: »se in tuam iurisdictionem prorogare«, gleichsam »sich selbst in diesen Thätigkeitsbereich der Jurisdiction hineinbegeben«.

*) . . . se iurisdictioni tuae subiecit, vergl. l. 14 D 2, 1 : se subiiciat iurisdictioni alterius und l. 1 D 5, 1 : subiciant se iurisdictioni. — . . . privatorum consensus eum, qui iurisd. i praeesse . . . dignoscitur, suum iudicem constituere vergl. l. 3 C 3, 13 : privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio. — . . . in iudicem non suum consentire vergl. l. 15 2, 1 : consensisse eos in praesidem l. 2 pr. 5, 1 in eum consentire.

**) »tempora«, intra quae iudex iussus est, litem dirimere »prorogari«. Glück, Commentar III, § 202 S. 106 ff.

***) verbotenus: »antequam lis fuerit contestata, nequaquam ad dictos iudices cognitio pertinebat . . . . nec ad ipsos potuerit iurisdictio prorogari«.

†) Vergl. C. 32 und C. 40 X 1, 29.

In diesem Zusammenhang ist dann freilich von der ursprünglichen Bedeutung des Wortes prorogare nichts mehr vorhanden. So anschaulich diese Bilder nun auch für die Laien sein mochten, so bereitwillig sich um deswillen auch die Praxis ihrer bedienen mochte, für die streng wissenschaftliche Betrachtung des Instituts war mit diesem terminus nichts gewonnen als ein zwar nicht ganz zutreffender, aber doch den Vorteil der Kürze bietender Ausdruck.

Die spätere canonistische und vielleicht auch legistische Doctrin*) hat nun aber den Ausdruck prorogatio noch in einem weitern Umfange gebraucht. Sie spricht z. B. von prorogatio de persona ad personam, de causa ad causam, de tempore ad tempus, de loco in locum. Einen wirklich wissenschaftlichen Wert vermögen indessen derartige Unterscheidungen nicht zu beanspruchen. Sie beruhen auf einer lediglich durch äussere Rücksichten bestimmten Zusammenfassung innerlich heterogener Rechtssätze unter einer und derselben Bezeichnung.

§ 16.

Auch bezüglich des Thatbestandes, der vorliegen muss, wenn die Wirkung der Prorogation eintreten soll, scheint das canonische Recht keine Neuerungen gebracht zu haben. Mit Energie fordert C. 18 X 2, 2 nach dem Vorgange und selbst Wortlaute der römischen Vorschriften den consensus der Parteien, aber ebensowohl dessen processuale Äusserung, die subiectio.**) Bezüglich der letzteren constatirt C. 40 X 1, 29 ausdrücklich, dass erst pendente iudicio die prorogatio versucht wurde, also wohl ganz formgemäss mittels einer schlüssigen Processhandlung. In gleicher Weise spricht C. 32 eod. davon, dass es erst nachdem eine gewisse Processhandlung, nämlich die litis contestatio vollzogen war, hätte fraglich werden können, ob nicht cognitio ad iudices wegen geschehener Prorogation pertinebat. Auch wohl C. 18 X 2, 2 wird dahin zu verstehen sein, dass die Klage (petitio) bereits erhoben, die subiectio des Beklagten durch Streitseinlassung vollzogen worden war, letztere allerdings unter der Bedingung, dass nach Ablauf einer festzusetzenden Frist noch Grund für ein richterliches Einschreiten bestünde.

Was das nach römischem Rechte,***) wie wir sehen, allerdings nicht anerkannte Erfordernis des consensus auf Seiten des iudex anlangt, so wird dessen in den citirten Stellen des canonischen Rechts nicht gedacht, woraus auch hier wohl auf fortdauernde Giltigkeit des Justinianeischen Rechts geschlossen werden darf.

§ 17.

Für Clerici statuirt C. 18 X 2, 2 ein Sonderrecht. Diesen wird die Prorogation nicht in so weitem Umfange gestattet, wie den Laien. Der Grund der Beschränkung liegt, wie

---

*) Vgl. z. B. Pichler, candidatus iurisprudentiae sacrae c. 1732 Bd. II S. 156. (Derselbe war Professor in Ingolstadt.)

**) Dass das blosse pactum de prorogando auch nach canonischem Rechte die prorogatio nicht zu Stande brachte, dürfte vielleicht aus der gelegentlichen Äusserung in l. 12 X 2, 2 zu schliessen sein: »voluntarii pacisci non possunt, ut secularia iudicia subeant,« wonach der Inhalt des pactums nicht auf die Competenzbegründung direct, sondern auf den dieselbe ermöglichenden Act der Parteien selbst geht. Wäre diese Auffassung des canonischen Rechts sicher festgestellt, so wäre sie ohne Zweifel selbst für das römische Recht ein Zeugnis für die Unverbindlichkeit des pactum de prorogatione, für das nemo compelletur eiusmodi conventioni stare in l. 18 2, 1 in der früher angenommenen Auslegung.

***) Wenigstens von Ulpian l. 2 § 1 D 5, 1 und wegen der Aufnahme der Stelle in die Pandecten auch von Justinian Glück a. a. O. S. 174 ff.

Eingangs angedeutet, in der Notwendigkeit, die Jurisdiction für die Clericer,*) namentlich in Ansehung der res spirituales, aber nach damaliger Rechtslage auch bezüglich der res temporales dem iudex ordinarius zu sichern.

Nur dem Clericer kann nach canonischer Auffassung das für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse der Clericer erforderliche Verständnis eigen, nur eine persona ecclesiastica kann ohne Schädigung des kirchlichen Ansehens Richter über den Clericer sein.

So gelangt die Decretale dazu, bei Clericern zwei weitere Erfordernisse für die Statthaftigkeit der prorogatio iurisdictionis zu normiren.

1) Es bedarf bezüglich ihrer der Zustimmung des Diöcesanbischofs. Der competente Richter, der iudex ordinarius, muss einverstanden sein, nicht der incompetente Richter, eine Vorschrift, welche gelegenheitlich der Reception in Deutschland eine verallgemeinerte Anwendung erhielt.

2) Der iudex,**) an den prorogirt werden soll, muss persona ecclesiastica sein.

Abgesehen von den clerici enthält das canonische Recht auch noch eine für das ius commune giltige eigentümliche, vom römischen Rechte abweichende Bestimmung. Die iurisdictio des iudex delegatus soll nicht durch Prorogation erstreckt werden können. Dieser soll hiebei dem gleichgestellt sein, der nullam iurisdictionem habet.***)

C. Die italienische Literatur.

§ 18.

Das bisher dargestellte römisch-canonische Recht hat sich in Italien die dunkle Zeit vom Ende des 6. bis Ende des 11. Jahrhunderts erhalten zum Teil in den Gemeinden, die nach römischem Rechte lebten, zum Teil in den geistlichen Gerichten. Als dann mit dem Ende des 11. Jahrhunderts Irnerius eine neue Begeisterung für das corpus iuris civilis erweckte, die dann an den gefeierten italienischen Rechtsschulen zu Ravenna, Bologna und Padua†) sich schliesslich auch auf das Studium der canones übertrug, vereinigten sich Praxis und Theorie zu gemeinschaftlicher Ausbildung und Läuterung des Processrechts. Dieses Recht war es, welches die seit der 2. Hälfte des 14. Jahrhunderts††) immer zahlreicher werdenden deutschen Besucher der italienischen Universitäten kennen lernten und schliesslich in Deutschland einbürgerten. Hier sollen nur in Kürze die Resultate wiedergegeben werden, welche die italienischen Bearbeiter des römisch-canonischen Rechts bezüglich der prorogatio fori in ihren Arbeiten speciell über Process niedergelegt haben.

Mit ausserordentlicher Klarheit und Schärfe, in der Sprache stets unmittelbar an die Quellen anlehnend, sind bei Tancredus († 1234) in dessen ordo iudiciarius die einschlägigen Bestimmungen vorgetragen, allerdings in concisester Form.

Wie schon in den Bestimmungen des Codex und des canonischen Rechts mit Vorliebe geschieht, bezeichnet auch Tancred den Grund der Prorogation mit dem Ausdrucke »in iudicem consentire.« Das Subjectionsmoment wird nicht ausdrücklich mehr hervorgehoben.

---

*) Publice indultum (ius publicum). Die sacerdotii praerogativa der l. 29 C 2, 3 wird hienach anders aufgefasst; nicht als beneficium personale (cf. C. 12 X 2, 2).

**) Vgl. Wetzell System § 39, 2 N. 35.

***) Wetzell, u. a. O. Note 27.

†) Stölzel S. 43.

††) Stölzel a. a. O. S. 46.

Allerdings erblickt auch er in der litis contestatio eine prorogatio tacita, aber dass jene ein se subiicere im Sinne des römischen Rechts in sich schliesst, davon ist nicht mehr die Sprache. Um so unzweideutiger wird in seiner Darstellung hervorgehoben, dass es sich um eine processuale Willensäusserung auf Seiten des Beklagten bei der Prorogation handelt. Er stellt nämlich die Unterlassung der exceptio fori incompetentis, positiv das Vorbringen anderer Einreden oder die litis contestatio ohne vorgängigen Gebrauch jener Einrede, als die Willensäusserung des Beklagten hin, welche die Competenz bewirkt. In seinem umfangreichen Tractat über die Exceptionen, bespricht er nämlich zuerst deren Einteilungen und führt dann unter den exc. dilatoriae, speciell unter denjenigen, die »ex iurisdictione ipsa competunt« jene auf, die darum zusteht »quod aliquis ad iudicem non suum vocetur.«

Diese dilatorischen Exceptionen müssen gleich zu Anfang des Processes vorgebracht und bewiesen werden.*) Aber die exceptio fori incompetentis muss zuerst vor allen übrigen Exceptionen vorgebracht werden. Es heisst nämlich bei Tancredus, da wo von der Reihenfolge die Rede ist, die ein providus advocatus bei Proponirung seiner Exceptionen einhalten wird:**) »nam si eam dimittat et accedat ad aliam, in iurisdictionem iudicis consentire videtur, unde ad eam postea adspirare non potest.« Es liegt somit in diesem Verhalten des Beklagten eine prorogatio tacita, die, weil sie die Competenz begründet hat, ein nachträgliches Vorschützen der Incompetenzeinrede ausgeschlossen hat.

Die litis contestatio als der zweite Act, der prorogatio tacita in sich schliesst, wird später erwähnt an der ebenfalls nicht uninteressanten Stelle, wo von dem ausnahmsweise gestatteten Nachholen der Incompetenzeinrede gesprochen wird.***)

§ 19.

Placentinus, gl. ad l. 7 C 1, 4 (hieher vgl. Savigny, Geschichte etc. IV 528; Wach, Princip des gewillkürten Gerichtstandes Archiv Bd. 62 S. 373) erwähnt, man teile die prorogatio iurisdictionis ein in eine ausdrückliche: »si id expressim agatur« und eine stillschweigende: »si ab extraneis ex certa scientia (l. 2 pr. 5, 1) eum adeuntibus in contrarium specialiter non exprimatur.«

Hierin dürften wir den Anfang der werdenden Fiction der stillschweigenden Vereinbarung bei geschehener Litiscontestation zu erblicken haben. Es ist ein Wahrscheinlichkeitsschluss, der zunächst gemacht wird. Man nimmt an, dass die von der Partei vorgenommene

---

*) Vgl. l. 13 C. 8, 36. Er sagt: »exceptiones, quae ad declinandum iudicium faciunt, in principio inter ipsa litis auspicia proponendae et probandae sunt« und weiter: »qui tunc eas dimiserit, ad eas postmodum redire non potest.«

**) Ganz ähnlich Durantis: »II P. 1. de exc. § 4 n. 14: porro in proponendo declinatorias iudicii diligens advocatus hunc ordinem observabit, ut si qua reo ex ipsa iurisdictione competit, illam prius proponat, puta: non es iudex meus. X de iud. cap. »at si« . . . . nam si ea omissa accederetur ad alias, in iurisdictionem iudicis consentire videretur. C. de iurisd. omn. iud. l. 1; unde postmodum non potest ad eam quis ulterius redire — quod intellige, si scienter omittatur, secus si ignoranter.

***) Die beiden Fälle, in denen das Nachholen gestattet wird, sind:

a) wenn der Beklagte protestirt hat, »salvum sibi beneficium ceterarum esse, ut si in proposita defecerit, possit ad alias habere recursum.«

b) quae de novo incipiunt competere, post litem contestatam proponi possunt.

Später wird noch ein dritter Fall

c) das noviter repertum des gemeinen Rechts hinzugefügt und die 3 Fälle so aufgezählt: »nisi ea fuerit ab initio protestata, vel postea exorta fuerit, vel iuret se postea didicisse«.

Handlung aus gesundem Willen entspringe. Zeigt sich nicht das contrarium, dass der Beklagte sich nicht einlassen will, bis zur litis contestatio und ist diese dann geschehen, so wird angenommen, die Parteien wollen sich vereinbaren, der Beklagte unterwerfe sich. Nach dem Wortlaut der Stelle des Placentin wird, wie es scheint, noch die Constatirung der certa scientia, des Wissens um die Incompetenz gefordert. Später nimmt man diese certa scientia ohne weiteres an, wenn keine Thatsachen vorliegen, die diese Annahme verbieten.

In der gl. ad l. 52 pr. D 5, 1 wird es gleichsam auf das Verschulden des Klägers zurückgeführt, dass dieser es zur litis contestatio hat kommen lassen. Er hätte sich gehörig umsehen sollen,*) ob auch der Richter wirklich competent ist. Dass trotz allem guten Willen es vielleicht unmöglich war, die Incompetenz zu entdecken, bleibt zunächst ausser Betracht. Könnte das nachgewiesen werden, vielleicht (in analoger Weise wie beim Beklagten »si iuret, se postea didicisse« nach Tancred) durch Eid, so würde wohl in integrum restitutio zugelassen worden sein.

Bei Durantis (II P. 1 de except. § 4 n. 14) findet sich fast mit denselben Worten, wie bei Tancred, der ordo exceptionum proponendarum. Auch bei ihm liegt schon in dem Vorschützen anderer Einreden vor der Incompetenzexception ein prorogatio tacita begründender Consens. Durantis sagt: »nam si ea omissa accederetur ad alias, in iurisdictionem iudicis consentire videretur, unde postmodum ad eam non potest quis ulterius redire«. Er fügt aber bei: »quod intellige, si scienter omittatur, secus si ignoranter«. Diese Ansicht stützt sich auf l. 52 pr. 5, 1 in wohl kaum gerechtfertigter Auslegung.

Wachs a. a. O. bringt endlich Zeugnisse dafür bei, dass die Systematisirung der hier in Rede stehenden Lehre sich in jener Zeit auch mit dem error, der den Consens und die Prorogation vernichtet, eingehend beschäftigte. Insbesondere kam die Ansicht auf, dass der Rechtsirrtum den Consens nicht ausschliesse. Damit war denn auch der Gedanke ausgesprochen, dass ein verschuldeter Irrtum die Prorogation nicht zerstöre.**)

III. Das deutsche Recht unter dem Einflusse der Reception.

§ 20.

Seitdem sich in der Mitte des 15. Jahrhunderts die Einwirkung der in Italien erwachsenen Rechtswissenschaft auf das deutsche Rechtsleben mehr und mehr bemerkbar macht, zeigt sich das immer dringender werdende Bedürfnis, die einheimischen Gerichte, die infolge der wachsenden Rechtsunsicherheit ihrem Zweck immer weniger zu genügen vermochten, umzubilden. Man bedurfte zur Rechtsprechung Personen, die das Recht kannten, aber es wurde immer mehr zweifelhaft, ob dies bei den Schöffen der Fall sei.***) Die Folge hievon war nach mannigfachen Verbesserungsversuchen negativen Erfolges die allmählige Beseitigung der Schöffengerichtsverfassung. Wenn diese auch erst in neuester Zeit vollständig verschwand, so waren die Schöffen doch bereits lange vorher nur mehr Formpersonen, sie wurden nicht mehr bei Abfassung der Erkenntnisse befragt.†)

*) Et sponte consensit patiendo litem contestari.«

**) Wach Arch. Bd. 62 l. c. I.

***) Vgl. Heffter, System des römischen und deutschen Civilprocesses. 2. Aufl. § 11. Dort eine Stimme aus der 2. Hälfte des 15. Jahrhunderts. Peter v. Andlo: »de imp. Rom. Germ.« II, 16. »iure incerto vivitur et in multitudine illiterata, quod cuique sui arbitrii discretione visum est, id in iudiciis vim legem obtinere volunt.«

†) Heffter a. a. O. § 63.

Ein Mittel, denselben allmählig ihre Thätigkeit zu entziehen, bot zunächst der immer weitere Verbreitung findende Brauch, mit Umgehung des ordentlichen Gerichts die Streitigkeiten durch Schiedsrichter beilegen zu lassen. Von der Beliebtheit dieser Sitte und dem Alter dieser Gepflogenheit war schon in früherem Zusammenhange die Rede.*)

Indessen hat für gewisse Glieder des Reichs, nämlich die Reichsstände und den Adel, diese Sitte sogar gesetzliche Regelung in den Normen über die Austregalgerichtsbarkeit gefunden. Es dürfte kaum einem Zweifel unterliegen, dass der Ursprung des genannten Instituts in jener Gewohnheit zu suchen ist.

So sagt z. B. Pütter, inst. iur. publ. § 280: »Postea quam enim usus arbitrorum in medio aevo adeo invaluerat, ut aeque nefas duceretur, in ius vocare reum non prius ad compromittendum requisitum, ac non respondere compromisso sic praeposito; exortum inde ius Austregarum . . .«

Daneben haben die immer zahlreicher werdenden privilegia fori und die gesetzliche Emancipirung ganzer Stände von den ordentlichen Gerichten gleichfalls eine Handhabe abgegeben, den Schöffengerichten den Boden zu entziehen. Allein mit ihrer Beseitigung mussten andere Organe an ihre Stelle treten.

Es beginnt im 16. Jahrhundert die bemerkenswerte Erscheinung aufzutauchen, die man als »Übergang der Rechtssprechung an das Amt« zu bezeichnen pflegt. Sie ist für uns um so beachtenswerter, weil diese in concreto sich übrigens kaum merklich vollziehende Revolution einen der ersten Anlässe geboten haben wird, unser römisch-rechtliches Institut der prorogatio fori in Deutschland zur Geltung kommen zu lassen. Die Untersuchungen Stölzels haben wenigstens einige Beispiele aufgefunden, die darauf hinweisen, dass die Prorogation mit ein Werkzeug war, diesen merkwürdigen Erfolg zu Stande zu bringen.

Auf den ersten Blick freilich ist nicht zu ersehen, wie mit diesem Behelfe etwas zu erzielen war.

Energisch fordert ja das römisch-canonische Recht iurisdictio auf Seite des iudex ad quem, während diese den »Beamten« mangelte. Allein die immer mehr anerkannte suprema potestas des Landesherrn, die auch die Gerichtshoheit umfasste, einerseits, andrerseits die seit der Reception keinem Zweifel mehr unterliegende Delegationsbefugnis desjenigen, von dem alle Gerichtsbarkeit ausgeht, halfen über dieses Bedenken hinweg. So halfen die commissiones das vollenden, was allenfalls durch blossen Parteicompromiss nicht erzielt werden konnte.

Wo nun aber diese an sich gesetzlichen Mittel und Wege, die übrigens nicht immer dem Rechte gemäss gebraucht wurden, im einzelnen Falle den Dienst versagten, da drängte dann die Not dazu, auf ungesetzlichem Wege zum Ziele zu kommen. Einen Richter musste man immerhin haben. Zunächst duldete man eine gesetzwidrige Anmassung der Gerichtsbarkeit von Seite der der Rechte kundigen Verwaltungsbeamten und des Stadtrates. Wurden die Klagen über deren unrechtmässige Einmischung in den Wirkungskreis der Gerichte zu heftig, so musste man allerdings anfänglich nachgeben und Verbote an die Beamten erlassen. Aber anstatt das Übel mit der Wurzel zu beseitigen und auch die schiedsrichterliche Thätigkeit »die

---

*) Es mag hier vielleicht noch erwähnt werden, dass dieselbe Sitte schon seit dem 12. Jahrhundert in Italien immer mehr um sich griff und sogar kaiserliche Erlasse im Interesse der Reichsjustiz deren Eindämmung erstrebten. Stölzel S. 236 ff. Wollte man annehmen, dass der reichlichere Gebrauch, den man von dieser Einrichtung damals in Deutschland machte, durch das Vorbild Italiens mitverursacht war, so hätte man vielleicht hierin eines der frühesten Anzeichen für den nunmehr beginnenden Einfluss italienischer Einrichtungen und Anschauungen auf die deutschen Verhältnisse.

Vergleichsjustiz« den Beamten zu entziehen, schied der Gesetzgeber zuerst und teilte den Gerichten die Rechts-, den Beamten die »nicht irrigen« Sachen zu.

Aber nicht einmal dabei konnte es sein Verbleiben haben. Je mehr sich die Unfähigkeit der Gerichte herausstellte, die ihnen nach der so nicht zu ihren Ungunsten ausgefallenen Scheidung zufallenden Geschäfte zu erledigen, je mehr sie selbst zugeben mussten, »dass die Sachen ihnen zu schwer seien«, und je öfter sie darum selbst auf den »Rat der Rechtsverständigen«*) eingehen mussten, desto weniger hatten sie Anlass zur Beschwerde. Die an Stelle der Oberhöfe tretenden, mit »Gelehrten« besetzten Appellationsgerichte billigten die Ansichten der Rechtsverständigen, bei denen sich die Parteien Rat erholt hatten, auch gegenüber den abweichenden Entscheidungen der Schöffen, — dadurch wuchs auch in deren Augen das Ansehen der Beamten formell, wie es innerlich wuchs, seitdem die Schöffen das Recht nicht mehr kannten und darum selbst die Parteien an jene als Helfer in der Not verweisen mussten. Die auf Grund Compromisses oder landesherrlicher Commission dann ergehenden »Amtsbescheide« geben den Anlass, eine »extraiudicielle«, eine »extraordinaria iurisdictio« der Beamten anzunehmen, und so bot der Landesherr selbst die Handhabe, sein früheres Verbot des Übergreifens in die richterlichen Geschäfte an die Beamten zu umgehen. War man aber einmal an diesem Puncte angelangt, wo man sich mit der Entscheidung der ausserordentlichen Gerichtsgewalt zufrieden geben musste, so war kein weiter Schritt mehr, eine geschehene Prorogation anzunehmen, wo sie nicht vorhanden war, wenn jemand sich einfallen liess, die Competenz in Frage zu ziehen. Bald aber wird es dessen nicht mehr bedurft haben, weil die Parteien nicht mehr zu ermessen im Stande waren, wie weit eine solche im Werden begriffene Gerichtsgewalt bereits jeweilig erstarkt war, um einen etwaigen Zweifel an ihrer Existenz zurückzuweisen.

§ 21.

Sehen wir im Folgenden von diesem Anwendungsbereich der prorogatio iurisdictionis ab, da doch nur sehr wenige Fälle nachgewiesen sind, die unzweifelhaft ersehen lassen, dass man sich bei Angehung der »Beamten« auf prorogatio fori berief. Was aber die Zeit betrifft, in welche die Reception der Prorogation in Deutschland zu setzen ist, so kommen schon früh Zeugnisse dafür vor, dass man teilweise annahm, die gemeinen kaiserlichen Rechte seien auch auf diesem Gebiete in Geltung. Dagegen sind erst in unserem Jahrhundert die Bedenken gegen eine solche Annahme völlig verstummt.

Noch Glück**) zählt 6 verschiedene Meinungen hinsichtlich der Geltung der Prorogation in Deutschland auf. Das früher in anderem Zusammenhange citirte Werk von Pichler***) aus dem Jahre 1726 berichtet über den damaligen Stand der Anschauungen: »Prorogatio, quamquam hodie adhuc locum habeat, tamen non omnibus est permissa. Priorem partem defendit Universitatis nostrae ingens decus Casparus Manzius (es ist dies die Universität Ingolstadt) in Decision. Palat. q. 97 n. 6 et 20 cum Panormit. Marant. Gravett. Schradero etc. contra Paurmeister, Thesaur. Surdum. Stephani etc. »qui prorogationis usum hodiernis moribus omnino sublatum volunt ea de causa, quod omnis iurisdictio ordinaria coeperit esse patrimonialis et feudalis atque Imperator Statibus Imperii privilegium concesserit, vi cuius eorum subditi nequeant coram alio iudice conveniri.«

*) C. C. C.

**) a. a. O. III § 206.

***) Cand. iurispr. sacrae.

Hienach würden die Anhänger der Prorogation bis in die Mitte des 15. Jahrhunderts zurückgehen, während nach Glück die Gegner derselben noch bis in unser Jahrhundert herein zu zählen sind.

Was nun die Gründe anlangt, aus denen man die Anwendbarkeit des römisch-canonischen Rechts auf diesem Gebiete nicht zugestehen wollte, so waren dies nach Pichler die beiden im Obigen angegebenen:

1) Die Gerichtsbarkeit sei ein nutzbares Recht, ein Vermögensrecht geworden, welches durch Prorogation verletzt würde,
2) die Reichsstände hätten entgegenstehende Privilegien*) erhalten, die ebenfalls von den Parteien nicht angetastet werden dürften, oder wie Glück**) sich ausdrückt: »Die Prorogation gereiche zum Abbruch und Verachtung der landesherrlichen Gerechtsame in der Person der vermöge derselben bestellten Richter.«

Durch diese beiden Erwägungen bestimmt, stellten die einen die Giltigkeit der Prorogation in Deutschland überhaupt in Abrede, während die andern sie nur insoweit zugelassen wissen wollten, als »sie dem ius de non evocando nicht zuwider oder dem Rechte des ordentlichen Richters unnachtheilig sei.«***)

Neben dieser einen Frage, die die Anwendbarkeit der Prorogation in Deutschland überhaupt betraf, tauchte dann bei denen, die deren Zulässigkeit behaupteten, ein anderer Zweifel auf: der nemlich bezüglich des Umfanges ihrer Statthaftigkeit. Man frug sich nemlich, ob sie nur zwischen den Gerichten eines und desselben Landesherrn, oder auch zwischen in- und ausländischen Gerichten zugelassen werden könne.

Hienach wurde teils Statthaftigkeit nur zwischen den Gerichten desselben Landesherrn, teils zwischen allen Gerichten, die ein gemeinsames Obergericht hatten, behauptet.

§ 22.

Im folgenden Paragraphen sollen nun diese verschiedenen Anschauungen einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

Was zunächst die Anwendbarkeit der Prorogation in Deutschland anlangt, so haben wir eben gesehen, dass ihr Gebrauch seit der Mitte des 15. Jahrhunderts fortwährend bezeugt wird, wenngleich die Rechtmässigkeit dieser Anwendung bis in die neueste Zeit bestritten wurde. Glück†) behauptet sogar, dass die freiwilligen Prorogationen mit der Aufnahme des römischen Rechts so häufig geworden seien, dass die Untertanen unter sich Bündnisse gegen die dadurch einreissende Unordnung geschlossen, andrerseits die Landesherrn††) mittels der Evocations-

*) Wahrscheinlich sind die sog. privilegia de non evocando gemeint.

**) a. a. O. § 206.

***) Andere schieden nach Glück zwischen Patrimonial- und Amtsgerichtsbarkeit und liessen die Prorogation nur bei der letzteren zu.

†) a. a. O. unter Berufung auf Kemmerich und Pfeffinger, dann Kopp und Conring.

††) Ein Beispiel solcher Streitigkeiten zwischen verschiedenen Gerichtsherrn in den Anmerkungen zum cod. iur. Bav. iudic. zu Cap. I § 17. »Kursachsen und Kur-Trier urgirten, dass der Gegenteil active oder passive bei ihren Gerichten vorgestanden und dadurch seine Unterwürfigkeit ipso facto agnoscirt hätte. Diese hingegen wollten (die Reichsritterschaft etc.) behaupten, dass solches nur per modum prorogationis zumal in solcher Zeit, da das Justizwesen noch nicht in rechter Fassung wäre, geschehen sei.«

Von den Gründen dieser häufigen Prorogation bei Glück dürfte indessen doch wohl nur der eine anzuerkennen sein, nämlich der, dass gewisse Gerichte sich eines besonderen Ansehens erfreuten. Derselbe Grund wurde früher bezüglich der Verbreitung des Schiedsvertrags und des Compromisses auf die Gerichtspersonen selbst

privilegien sich dagegen gewehrt hätten. Hinsichtlich der nicht ihrem Lande angehörigen Gerichte sollen sie vom Kaiser privilegia de non evocando erwirkt haben, den eigenen Gerichten aber selbst privilegia de non evocando sowohl in provincia als extra provinciam erteilt haben. Neuerdings wurde aber anerkannt, dass sich diese Privilegien nur auf eine concurrirende Gerichtsbarkeit bezogen, die dadurch ausgeschlossen werden sollte. Es handelte sich also darum, ein lediglich wahlweise zustehendes ordentliches forum zum ausschliesslichen Gerichtsstande zu erheben. Auf die Prorogation bezogen sich diese Privilegien überhaupt nicht.*) Das schliesst allerdings nicht aus, dass man sich auch im einzelnen Falle, wo keine Prorogation vorlag, auf sie berief, wenn auch mit Unrecht, und damit thatsächlich eine Avocation oder eine Nichtigkeitserklärung des von dem iudex ad quem gefällten Urteils zu Wege brachten. Indessen selbst zugegeben, dass diese Privilegien den Zweck und Erfolg der Ausschliessung des Prorogirens gehabt hätten, so stünde doch fest, dass von ihnen abgesehen die prorogatio fori zulässig war.

Schmid**) hat übrigens darauf hingewiesen, dass eine Prorogation keine Verletzung der Gerechtsame des Richters bezw. Gerichtsherrn, weder bei der Patrimonial- noch Amtsgerichtsbarkeit enthalten könne, wenn dieses Rechtsinstitut nur überhaupt seitens der gesetzgebenden Gewalt anerkannt sei. Denn, wenn die Prorogation gesetzlich gestattet sei, so verstehe es sich, dass die Gerichtsbarkeit an den Gerichtsherrn und die Einkünfte des Gerichts (Sporteln) an den Richter eben nur als mit dieser Einschränkung verliehen zu betrachten seien.

Was sodann die zweite Frage nach der Zulässigkeit der Prorogation an ausländische Gerichte anlangt, so wird hier zunächst der Umfang der Statthaftigkeit nach den Gesetzen des einzelnen Staates zu beurteilen gewesen sein, da zweifellos der gesetzgebenden Gewalt überall das Recht zustand, die Prorogation gänzlich auszuschliessen, sie aber auch nur beschränkt zuzulassen. Im übrigen wird es richtig sein zu sagen, dass die Prorogation für alle Gerichte zulässig gewesen sei, für welche das sie gestattende Recht als Ausfluss der gleichen Rechtsquelle galt. Denn wenn eine solche Rechtsquelle die Vereinbarung der Parteien über die Competenz der Gerichte gestattete, war überall an die dieser Rechtsquelle unterliegenden Gerichte zu denken. Es konnte nun aber allerdings der Fall sein, dass die Landesherrn in Anwendung des Rechtssatzes »Landrecht bricht gemeines Recht« die Zulässigkeit bezüglich der Gerichte eines andern deutschen Staates vielfach ausschlossen.

Nachdem die Landesherrn aber die volle Souveränetät erlangt haben, haben sie kraft dieser das unbestrittene Recht, die Prorogation zu gestatten und zu verbieten.

§ 23.

Zu einer einheitlichen Gesetzgebung für das alte deutsche Reich auf dem Gebiete des Civilprocesses ist es bekanntlich nicht gekommen. Vielmehr wurde die Reichsgesetzgebung nur insoferne hier thätig, als sie Ordnungen und Gesetze für die höchsten Reichsgerichte erliess, die allerdings als Zeugnis für die damals herrschenden Rechtsanschauungen von Bedeutung sind, umsomehr sie ja als Muster für die landesherrlichen Processordnungen dienen sollten.

in Rücksicht gezogen. Die übrigen Gründe (Unsicherheit der Gerichtsgrenzen, Verwirrung der Justizverfassung und die concurrirende Gerichtsbarkeit der sämmtlichen kaiserlichen mit den landesherrlichen Gerichten) sind Gründe für die Schwierigkeit, das richtige Gericht ausfindig zu machen, bezw. dafür, dass statt des ordentlichen landesherrlichen Gerichts ein anderes ordentliches Gericht (des Kaisers) ausgewählt wurde, aber, soweit ich sehe, nicht für eine bedeutend häufigere Anwendung der Prorogation.

*) Wetzell § 39 n. 26.

**) Handbuch § 56^{20}.

Suchten die Landesherrn, wie oben vorgekommen ist, mit ängstlicher Sorgfalt jede Schmälerung ihrer Gerechtsame hintanzuhalten, kamen sie auf diese Weise sogar dazu, sich gegen etwaige Prorogationen der Parteien ablehnend zu verhalten, so bestand umgekehrt für die Reichsgerichte kein Grund zu derartigem Misstrauen. Dem Kaiser konnte es nicht unerwünscht sein, wenn die Macht des Landesherrn nicht zu rapid erstarkte, und solange noch die alten kaiserlichen Landgerichte mit ihrer concurrirenden Gerichtsbarkeit gegenüber den landesherrlichen Gerichten bestanden, werden die Kaiser eine Auswahl ihrer Gerichte mit Übergehung der Territorialgerichte mit Genugthuung geduldet haben. In einer solchen Wahl war nun freilich keine Prorogation gelegen, da ja auch das kaiserliche Landgericht zuständig war. Als aber durch die mehrfach erwähnten privilegia de non evocando die Concurrenz zwischen diesen beiden Gerichten beseitigt war, werden allenfallsige Prorogationen an die alten Landgerichte sehr gerne gestattet worden sein.

Eine solch concurrirende Gerichtsbarkeit hatten seit dem westphälischen Frieden auch das Reichskammergericht und der Reichshofrat, wenigstens in gewissen Sachen, während der letztere anfangs nur ein erbländischer Gerichtshof des Kaisers gewesen war.

Was nun bezüglich der Prorogation nach dem Rechte dieser beiden obersten Reichsgerichte gegolten hat, wird kaum mit einem Worte zu sagen sein. Auch dort werden im einzelnen Falle, wo eine Prorogation in Frage kam, die verschiedenen zur Zeit in der Theorie und Praxis bezüglich der Reception des Instituts in Deutschland vertretenen Ansichten erörtert worden sein. Darauf deutet schon der R.-A. von 1494 § 65*) hin. Wenngleich nemlich in dieser Stelle nicht direct von Prorogation im stricten Sinne die Rede ist, so wurde doch das, was dort als »Compromisse oder Arbitria« bezeichnet wird, damals mit zur Prorogation gerechnet. Eigentlich handelt es sich nemlich um einen der bereits einmal hervorgehobenen Fälle, wo einem Gerichte die Erledigung eines Streites im Wege des Schiedsvertrags übergeben wurde. Allein z. B. Hanzely, Reichshofrathspraxis,**) spricht ausdrücklich aus, dass die prorogirte und diese compromissarische Gerichtsbarkeit »nur in Ansehung der mit dem Rechte der Austrägen begabten Personen, keineswegs aber in Ansehung der mittelbaren Glieder des Reichs statt haben.« Dies als richtig angenommen, werden wir sagen müssen, dass auch beim Reichskammergericht und in analoger Anwendung der für dieses gegebenen Vorschriften desgleichen beim Reichshofrat an sich die prorogatio fori in demselben Umfange wie nach den recipirten Rechten für statthaft gehalten wurde und nur um eine Überlastung des Gerichts zu verhüten, die Gesetzgebung sich veranlasst fand, sie gewissen Personen zu verbieten. So hätten wir denn auch die Wurzel des Grundsatzes unseres heutigen Rechts aufgefunden, wonach die Prorogation nur an die Gerichte erster Instanz gestattet wird. Auch dieser Bestimmung liegt wenigstens zum Teil die Fürsorge gegen eine sonst zu befürchtende Überlastung der höheren Gerichte zu Grunde.

Beim Reichskammergericht, wie Reichshofrat war dann aber, wenn die Prorogation der Mittelbaren ausgeschlossen war, eine Prorogation im strengen Sinne überhaupt ausgeschlossen. Denn »die Personen, welche ihrer Eigenschaft nach in erster Instanz an's Kammergericht

*) Dort heisst es: »Setzen . . . hierin, dass nicht alle Compromisse oder Arbitria, wie sie beschaffen wären, am Kammergerichte zuzulassen, oder anzunehmen, sondern (jedoch mit Kammerrichters und Beisitzer guten freyen Willen) allein diejenigen, so sich zwischen den Ständen, die dem Reich immediate unterworfen, und vermög der Reichsordnung die Austräge haben, denn auch den Personen, welche ihrer Eigenschaft nach in erster Instanz ans Kammergericht gehören, zutragen, daselbst auf- und angenommen werden sollen.«

**) Bd. I S. 234 ff.

gehörig,« konnten um deswillen nicht auf dieses prorogiren, diejenigen Stände aber, »die dem Reich immediate unterworfen und vermöge der Reichsordung die Austräge haben,« scheinen nach obiger Stelle lediglich auf dasselbe compromittirt zu haben. Hienach wäre möglicherweise nur bei der letzten Klasse vielleicht dann und wann eine Prorogation vorgekommen.

§ 24.

Was nun aber zunächst die Darstellung der Prorogationslehre seitens der deutschen Gelehrten nach der Reception anlangt, so mögen einige Beispiele aus dieser Zeit die Anschauungen, die damals herrschend waren, veranschaulichen.

Zanger gibt in seinem umfangreichen Commentar de exceptionibus zum Teil nicht nur den Gedanken, sondern sogar den Wortlaut der Italiener wieder. Er sagt:*) »omissa declinatoria fori reus in iudicem consensisse videtur . . . nam si aliis utatur reus exceptionibus hac omissa in iudicem videtur consensisse et ad hanc defensionem reverti nequit«. In dieser Stelle vermissen wir einen wichtigen Zusatz, den noch Zanger's Vorbilder, Tancredus z. B., aufgestellt hatten, den nämlich, dass ein scienter omittere nötig ist, ein ignoranter omittere nicht genügt, um die Wirkung des Ausschlusses der exceptio zu erzielen. Allein es wird doch wohl zu sagen sein, dass auch nach der Vorstellung Zanger's noch in integrum restitutio zugelassen wurde, wenn sich ein error ergab und anderseits werden wir wohl annehmen dürfen, dass Durantis mit den Worten »secus«, si ignoranter ebenfalls an eine in integrum restitutio gedacht hat. Wach**) hat aber einen bedeutsamen Unterschied gegen früher darin zu finden geglaubt, dass früherhin z. B. bei Tancred bereits die Meinung hervorgetreten sei, die geschehene litis contestatio schaffe die Competenz ohne Rücksicht darauf, ob die Subjection des Beklagten eine irrtümliche war oder nicht. Seine Darstellung geht darauf aus zu zeigen, dass man allmählig dazu gekommen sei, den Satz, »dass der Beklagte durch Unterlassen der Incompetenzeinrede diese verloren habe, weil die lit. contestatio auf seinen Subjectionswillen einen Schluss gestatte«, dahin aufzufassen, dass die Incompetenzeinrede nur innerhalb gewisser Frist vorgebracht werden könne.***) Was nun aber gerade die Darstellung Tancred's betrifft, so sagt dieser ausdrücklich, dass der Beklagte ad exceptiones, quae ad declinandum iudicium faciunt, postmodum dann redire posse, si iuret se postea didicisse. Dass es sich bei dieser Eidesabnahme um eine in integrum restitutio gehandelt hat, dürfte aber nicht zweifelhaft sein. Sagt nun Durantis, der doch der Zeit nach später ist als Tancred: »secus si ignoranter«, so dürfte doch wohl zu praesumiren sein, dass er damit keine andere Ansicht vertreten wollte als Tancred, dass er mit diesen Worten ebenfalls die in integrum restitutio im Auge hatte. Ich glaube also nicht, dass sich zwischen Durantis' und Tancred's Anschauung ein principieller Unterschied zeigt. Soviel wird aber zuzugeben sein, dass es richtig ist, dass schon die Italiener mit jeder litis contestatio eine Competenzbegründung annahmen, die dann nur mehr nach durchgeführtem Restitutionsverfahren rückgängig gemacht werden konnte.

Ob hiefür schon der usus Romanus zur Zeit Justinians Anhalt bot, wie sich insbesondere die l. 13 C 8, 36 erklärt, lasse ich dahin gestellt. Wach hat die Vermutung ausgesprochen, dass die Glossatoren (z. B. auch Tancredus) ihre eben geschilderte Theorie beeinflusst von

*) P. II C. 1. n. 4.

**) Das Princip des gewillkürten Gerichtstandes. Archiv 62 S. 373.

***) »Die Einrede der Incompetenz ist (nunmehr) ein processualischer Verteidigungsgrund, dessen Gebrauch ähnlich der sog. exceptio iudicis suspecti an eine bestimmte Zeitfrist gebunden ist, dessen Verschweigen die mangelnde Processvoraussetzung herstellt und dessen unverschuldete Versäumnis nur durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wieder ausgeglichen werden kann.«

germanischer Rechtsanschauung aufgestellt hätten. Zum Nachweise, dass die deutsche Auffassung dahin ging, dass »ein Rückgriff auf die richterliche Incompetenz nach einmal erfolgter Beantwortung der Klage unmöglich erschienen sei« beruft er sich u. a. auf eine Stelle bei Planck.*)

Dieser Entwickelung des Prorogationsinstitutes sollen im folgenden Paragraphen noch einige Worte gewidmet werden. Hier sollen zunächst die auf die prorogatio fori weiter bezüglichen Sätze Zanger's besprochen werden. Für seinen Fundamentalsatz, dass die Unzuständigkeitseinrede nicht unterlassen werden dürfe vor dem Gebrauch anderer Einreden, bezw. der Litiscontestation, beruft auch er sich auf l. 52 5, 1 und die Glosse hierzu.**) Die weiteren Belege, deren er sich zur Begründung seiner Aufstellung bedient, sind Aussprüche von Practicern, die, wenn sie alle, wie es beim speculum des Durantis wirklich der Fall ist, seinen Satz bestätigen, ein Zeugnis dafür sind, dass man die Ansicht der Glossatoren, es sei schon in der Verteidigung durch alia exceptio eine Prorogation enthalten, nicht erst in der litis contestatio, auch zu seiner Zeit noch beibehielt. Er selbst erwähnt wenigstens keine entgegengesetzte Meinung. Wach***) nimmt allerdings an, dass schon zur Zeit der Italiener auch die entgegengesetzte Anschauung vertreten war und dass nur diese in den Quellen begründet und im gemeinen Process recipirt sei. Zanger kennt auch das Reuerecht beim pactum prorogationis noch. Dieses letztere nennt er »pactum iurisdictionis dativum seu prorogativum et translativum«.†) Auch er kennt nur einen indirecten Zwang zur Realisirung eines solchen pactum, nötigenfalls durch eine Klage auf das id quod interest, sagt dagegen ausdrücklich: »ante litis contestationem licet poenitere stante pacto iurisdictionis dativo«. Das Reuerecht soll also hier erst mit der litis contestatio,††) nicht schon mit dem Vorbringen von aliae exceptiones verloren gehen. Hier scheint sich also eine Rückkehr zu der Anschauung bemerklich zu machen, die nach Wach schon von einem Teil der Glossatoren vertreten wird, dass erst aus der puren litis contestatio auf einen Consens geschlossen werden könne. So wie die Stelle lautet, statuirt sie eine Ausnahme von der Regel, dass nach erfolgter Subjection die exceptio fori incompetentis ausgeschlossen ist. Es wird ausdrücklich ein apparet iudicem approbatum esse vorausgesetzt und doch soll das die Incompetenz nicht wirken. Es soll die Unzuständigkeitseinrede immer noch gestattet sein, weil der Wille des Beklagten, sich vor diesem Richter einzulassen, doch nicht unzweifelhaft genug zum Ausdruck gekommen sei. Warum gerade hoc casu aliarum exceptionum diversus finis sein soll atque fori declinatoriae, wird wohl kaum aus einem inneren Grunde ganz zu rechtfertigen sein. Allerdings lässt sich sagen, dass man, wo ein besonderes pactum de prorogando vorliegt, minder

*) Gerichtsverf. I, 1, S. 413 »wer die Antwort nicht weigert, verliert die fori declinatorische Einrede.«

**) Er übernimmt somit ebenfalls das Missverständnis dieser Stelle. Diese enthält nichts als eine Specialbestimmung des römischen Rechts, wonach sich der heres dem Fideicommissar gegenüber sofort mit der Einrede vertheidigen musste, dass hier nicht peti posse, weil hier das Fideicommiss nicht geleistet zu werden brauche und dass er mit dieser Defension ausgeschlossen war, wenn er eine andere Exception früher vorbrachte. Es handelte sich also um keine allgemeine Regel.

***) Arch. Bd. 62 l. c.

Wach macht darauf aufmerksam, dass die Eigentümlichkeit der Italiener darin bestand, dass sie auch die materiell dilatorischen Einreden vor die Litiscontestation verlegten.

†) Die Stelle lautet: »quamvis actione ex stipulatu seu condictione certi ad poenam stipulationi adiectam vel incerti condictione ad id quod interest, quotiens expressim poena addita non est, sed debitor simpliciter promisit alium adire iudicem, agere non prohibetur.«

††) »Nec obstat, si iudex antequam fori declinatoria opponatur, super aliis exceptionibus dilatoriis pronuntiaverit, ex quo videtur iudicem approbatum esse. Nam cum aliarum exceptionum diversus finis sit atque fori declinatoriae, ideo inde, quod super aliis iudex pronuntiaverit non recte infertur, in eum iudicem ita consensisse videri eum hoc casu, ut deinceps declinatoria fori uti non possit.«

vorschnell auf den Ablehnungswillen des Beklagten schliessen soll, allein trotzdem wird nicht zu verkennen sein, dass diese Ausnahmsbestimmung immerhin auf Willkür beruht. Es dürfte darum anzunehmen sein, dass sich bei Zanger das Bestreben erkennen lässt, von dem Satze, den er zuerst aufgestellt hat: »nam si aliis exceptionibus utatur hac omissa, consensisse videtur« zurückzukommen.

Endlich erwähnt Zanger noch die Bestimmung der l. 29 C de pactis bezüglich des Verzichts auf das privilegium fori, wobei er die Bemerkung anfügt, dass zu dieser Renunciation nach canonischem Rechte eine nuda conventio genüge.

§ 25.

Wenn wir nunmehr daran gehen, aus dem bisher vorgetragenen historischen Material die Entwickelung der prorogatio fori bis ins 17. Jahrhundert zu überblicken, so sei es gestattet, zunächst das Resultat, das wir aus der Betrachtung der römisch-rechtlichen Bestimmungen gewonnen haben, in Kürze zu wiederholen.

Das römische Recht erkennt an, dass die Competenz im Falle der sog. prorogatio fori begründet wird durch einen Subjectionsact des Beklagten. Im übrigen enthält sich das römische Recht, diesen Act näher zu bezeichnen. Die Folge hievon ist, dass die Männer, die sich nun beim Wiedererwachen der Beschäftigung mit dem Corpus iuris dessen Auslegung angelegen sein lassen, sich bemühen, aus den einzelnen möglichen Handlungen des Beklagten im Processe diejenigen herauszufinden, welche einen Subjectionswillen verraten und darum Subjectionsacte im Sinne des römischen Rechts sein können.

Man ist sich nicht völlig klar, ob nur in der Litiscontestation der Subjectionswille zum Ausdruck komme oder auch in dem Vorschützen einer anderen exceptio (dilatoria) vor der Litiscontestation. Jedenfalls wird eine Handlung verlangt, mittels welcher diesem Richter ein Teil des Streitverhältnisses, sei es auch nur eine formelle Seite desselben zur Cognition unterbreitet wird. Hielt man hieran fest, ohne andrerseits aus dem Auge zu verlieren, dass man es bei dieser prorogatio tacita stets mit concludenten Handlungen zu thun hatte, die allerdings an sich einen Schluss auf Subjection zulassen, wenn nicht aus anderen Thatsachen eine alia voluntas erhellte, die aber trotzdem auch dann und wann vorkamen, wo eine solche alia voluntas vorhanden war, so kam man dazu, ein Zweites zu fordern. Die Vorschrift des römischen Rechts »et consentiant« nötigte in jedem Falle einer defensio mittels alia exceptio oder litis contestatio zu untersuchen, ob nicht alia voluntas vorhanden sei, die den an sich zulässigen Schluss auf Prorogation vernichtete.*) Andererseits fragte man sich, wie denn diese alia voluntas zu erkennen sei.

Abgesehen vom error, der regelmässig erst nach erfolgter litiscontestatio bezw. alius exceptionis propositio hervortrat, musste man sich sagen, dass alia voluntas bei Beurteilung einer solchen Processhandlung aus dem bisherigen Vorbringen des Beklagten zu erkennen sein müsse, dass also sein Wille, hier nicht zu Recht zu stehen, von ihm kundgegeben sein müsse. Da aber dieser Wille nicht in förmlicher Weise zum Ausdruck gebracht zu werden brauchte, um als exceptio zu erscheinen, so kam man zu dem Schlusse, es müsse exceptio fori declinatoria aus dem Grunde der richterlichen Incompetenz gebraucht worden sein, damit alia voluntas erwiesen sei. Bezüglich dieser exceptio sagte aber l. ult. C. 8, 36, dass sie in principio litis vorgebracht

*) Z. B. nach Tancred eine protestatio (Rechtsverwahrung), wobei also die betreffende Processhandlung nur eventualiter vorgenommen wurde.

werden müsse. Da hienach ein Ablehnungswille des Beklagten schon vorliegen zu müssen schien, wenn es sich um Beurteilung einer alia exceptio, bezw. der litiscontestatio handelte, hatte man eine einfache Regel gewonnen, die erkennen liess, wie die alia exceptio und litis contestatio aufzufassen sei, ohne dass man lange auf den Willen, aus dem beide entsprungen waren, hätte zurückgehen müssen. Man brauchte nur zu sehen, ob praescriptio fori vorlag, darnach regulirte sich alles. So war man dazu gelangt, mehr Gewicht auf die exceptio fori incompetentis zu legen, als auf die Subjectionshandlung selbst.

Man bedurfte einer unzweifelhaften Processhandlung, um die Incompetenz beurteilen zu können. Litiscontestation und alia exceptio liessen nicht sicher genug schliessen: ein se subiicere konnte vorliegen oder nicht. Aber es konnte nicht vorliegen, wenn exceptio fori incompetentis gebraucht war.

So erklärt sich, dass jetzt das hac omissa in den Vordergrund tritt auch in der Sprache der Juristen. Man glaubte fordern zu können, dass der Ablehnungswille sich geäussert habe, weil l. ult. C 8, 36 das zu befehlen schien. Dieser Ablehnungswille wurde also das Ausschlaggebende, die Formel für den Richter.

Schon im römischen Rechte war nichts als Subjection verlangt. Subjection war aber an sich aus jeder nicht das Gegenteil ausdrückenden Handlung vor dem iudex incompetens zu folgern. Sohin war, vom Ausdrucke einer alia voluntas abgesehen, jeder incompetens iudex, vor dem der Beklagte irgend eine Processhandlung vornahm, competent geworden. Das Gesetz liess selbst zu, von seiner Competenzordnung abzuweichen. Man konnte also vom Beklagten billig verlangen, dass er sich wehre, wenn er hier nicht behandelt werden wollte.

Während also das Grundprincip der Competenz durch Prorogation dasselbe geblieben war, der Wille des Beklagten, war die Doctrin und Praxis dazu gelangt, diesen Willen aus einer anderen Thatsache zu ermitteln, als bisher. Man hatte gewissermassen einen Prüfstein gefunden, der ein sicheres Mittel bot, den Willen des Beklagten zu erkennen. An dem Satze also:

»Die Competenz kann auch begründet werden durch den Willen des Beklagten« und folgeweise an dem 2. Satz:

»Die Competenzordnung kann modificirt werden durch den Willen des Beklagten«, besser gesagt:

»Die Competenzordnung wird bedingt erweitert«, »dem Kläger wird bedingt ein weiteres forum rei eröffnet«, — ist nichts geändert.

Aber die Regel des Richters ist eine andere geworden, mittels der er den Willen des Beklagten erforscht. Trotzdem aber die Absicht durchaus nicht bestand, die Prorogationsbestimmungen des römisch-canonischen Rechts irgendwie durch diese neue Auslegung zu ändern: war doch durch die letztere den formell noch geltenden Bestimmungen des Corpus iuris mittels extensiver Interpretation ein anderer Sinn unterstellt.

Unter die neue Regel: »omissa declinatoria fori consensisse videtur« fiel eine grössere Zahl von Fällen, als unter die frühere »si se subiiciat aliquis, iurisdictio est.« Denn, wenn jemand die Jurisdiction nicht weigerte, so geschah dies entweder:

a) weil er prorogiren wollte,
b) weil er, trotzdem er nicht prorogiren wollte, die exceptio fori incompetentis vorzubringen, also sich zu weigern, versäumte.

Es ist aber klar, dass nur die Fälle sub a unter die alte Regel wie unter die neue einzureihen waren, während nunmehr die Anwendung der prorogatio fori sich um die Fälle

sub b erweiterte. Erkennt man das aber an, so muss man auch sagen, dass die Theorie, wie Praxis bei der Beurteilung der Frage, ob prorogatio fori anzunehmen sei oder nicht, nunmehr auch in Fällen, wo der Beklagte die Jurisdiction nicht über sich ergehen lassen wollte, doch prorogatio fori annahm. Damit war aber in die alte Form unvermerkt ein neuer Geist gekommen. Nicht mehr der Wille des Beklagten wirkte die Prorogation, sondern die Versäumung der Unzuständigkeitseinrede. Man konnte allerdings noch (in den Fällen sub a) den Willen des Beklagten als Grund der Competenz bezeichnen, in den Fällen sub b ging das aber nicht mehr an. Hier war nur mit einem »consensisse videtur«, einer Fiction zu helfen. Weil die praescriptio fori nur in principio litis zugelassen, also an eine gewisse Zeit gebunden ist, weil es dem Beklagten frei stund, sie da zu gebrauchen, nahm man an, er verliere sie durch eigene Schuld, durch seinen eigenen Willen, wenn er sie nicht rechtzeitig gebrauche. Es ist auch gewissermassen sein Wille, wenn er jetzt diesem Richter unterworfen ist, weil er die Einrede nicht hat vorbringen wollen, obwohl er wissen musste, welche Folgen das haben würde. Allein dies war doch nur eine äusserliche Subsumtion.

In den Fällen sub a war der Beklagte unterworfen, weil er unterworfen sein wollte, oder besser: conform seinem Subjectionswillen. Er wollte die Einrede nicht gebrauchen, er verzichtete auf sie.

Im zweiten Falle war er unterworfen, trotz seines Nichtsubjectionswillens, die Einrede war präcludirt. Sein Wille war in diesem Falle allerdings der, die Einrede nicht zu gebrauchen, aber trotzdem nicht subiectus zu sein. Früher wäre es genug gewesen mit diesem Ablehnungswillen. Der hätte bewirkt, dass keine subiectio erfolgt wäre (wir sehen ja im Gegenwärtigen von error und vis ab). Jetzt aber genügt dieser Recusationswille nicht mehr, um Prorogation hintanzuhalten. Es muss eine Handlung, die Defension durch praescriptio fori dazu kommen, um ihm Kraft zu geben.

Aus dieser Betrachtung folgt: Auch in den Fällen sub a kann es jetzt nicht mehr der Wille des Beklagten sein, der Prorogation wirkt. Denn mit diesem Willen wäre es ja nicht genug, um die Prorogation auszuschliessen.

Ist nemlich der Wille des Beklagten das Ausschlaggebende, so muss er allein über Sein und Nichtsein der Jurisdiction verfügen. Es thut nichts zur Sache, dass dieser Wille geäussert werden muss durch Subjection.

Vielmehr ist jetzt überall der Nichtgebrauch der Einrede der Grund der Subjection, nur dass dieser Nichtgebrauch im Falle unter a) einem nolle entspringt — Verzicht*) ist —, im Falle sub b) aber einem non posse, einer Entziehung der Einrede, — einer Präclusion.**)

Während man früher formulirte: »in iudicem videtur consensisse, unde ad fori praescriptionem redire nequit«, sagte man jetzt: »ea omissa in iudicem videtur consensisse«. In diesem letzteren Satze lag denn freilich die Fiction des Consenses, correct wäre zu sagen gewesen: »ea omissa eius est iurisdictio«.***)

*) Besonders deutlich kommt dies z. B. zum Ausdruck bei Mevius, Decisiones P. 1 dec. 83 n. 8 »exceptione fori incompetentis non opposita, videretur prorogatio facta et in iudicium reus consensisse . . . inde oritur renuntiatio exceptionis«.

**) Vielleicht verdankt l. ult. C. 8, 36 ihre Entstehung dieser Schlussfolgerung aus l. 1 D 5, 1.

***) Eine Fiction ist es auch, wenn nach der oben citirten Stelle bei Mevius die Unterlassung der Einrede jedesmal renuntiatio exceptionis sein soll.

§ 26.

Interessant dürfte es sein, nunmehr auch die Stimme eines Mannes aus dem deutschen Lande zu vernehmen, in dem das eindringende römische Recht den heftigsten Widerstand gefunden hatte. In seinem Werke über die sächsischen Constitutionen von 1572 »definitiones forenses ad constitutiones electorales Saxonicas« erwähnt Benedict Carpzow die prorogatio fori überhaupt nicht. Wahrscheinlich war in dem von ihm glossirten Gesetzbuche keine diesbezügliche Constitution vorhanden. In seinem processus iuris in foro Saxonico dagegen nennt er den Grund, warum er der prorogatio fori nur eine kurze Betrachtung widme: »sed frequens non est in foro nostro iurisdictio prorogata et rarissime vel nunquam accidit, ut consensu partium alius eligatur iudex.«

Daher sieht er sich auch lediglich zu einer beiläufigen Erwähnung unseres Rechtsinstituts veranlasst.*)

Er gibt eine Classificirung der verschiedenen Jurisdictionsgattungen und statuirt hiebei die summa divisio: »iurisdictio propria et impropria«. In dem 2. Gliede derselben figurirt dann »iurisdictio mandata et prorogata«. Diese Einteilung erklärt er aber seiner Darstellung nicht zu Grunde legen zu wollen wegen des seltenen Vorkommens der iurisdictio prorogata. Er übergeht diese hierauf ganz und behandelt nur die übrigen species als »ubique frequentatae«. Von der prorogata iurisdictio, von der er hier nur einige Definitionen referirt, sieht er sich aber an einer späteren Stelle doch zu reden genötigt, allerdings ebenfalls nur vorübergehend.

Wir wollen zunächst die Definitionen, die er gibt, betrachten. Zuerst bedient er sich des Ausdruckes der l. 1 C 3, 13, worauf er eine 2. Definition anreiht: »est prorogata iurisdictio, quae consensu litigantium ab eo exercetur, qui alias de causa ea cognoscere vel ius dicere non potest«. Auch diese Definition lehnt zu sehr an die Diction der römisch-canonischen Quellen an, als dass aus derselben ein Schluss auf die Entwickelung des Instituts in Deutschland zu ziehen wäre.

Nicht von ihm selbst rührt dagegen die 3. Definition her, die er mitteilt, »unde ab aliis definitur: extensio iurisdictionis ad personas, causas et locum, in quas et ubi iure alias non competit, consensu personarum facta«.

70 Jahre später finden wir dieselbe Definition noch mehr verzopft, möchte ich sagen, bei Pichler,**) der sagt:

»Prorogationem sic describi posse: est extensio iurisdictionis ad personam, causam, tempus, locum, in quas, quando et ubi alias non competit (iudici tali) facta libero consensu partium litigantium.«

Hier wird dann auch der Ursprung dieser Definition angegeben: »colligitur ex l. 1 D 5, 1 l. 2 D 5, 1 c. 40 X 1, 29.

Das tempus bei Pichler ist zweifellos aus l. 2 § 2 D 5, 1 eingefügt.

Aber so wenig in dieser letztcitirten Stelle von der technischen Prorogation die Rede ist, so wenig kann die ganze Definition auf wissenschaftlichen Wert Anspruch machen, da sie eine Reihe von Aeusserlichkeiten wiedergibt, ohne über das Wesen des Dings etwas nutzbringendes mitzuteilen.

Carpzow selbst restringirt aber späterhin seinen Satz, dass die prorogatio iurisdictionis in foro Saxonico ungebräuchlich sei, dahin: »nisi de tacito consensu quis accipere id velit,

*) T. II a. I § 2 n. 17.

**) Bd. II tit. II § VIII n. 89 S. 155.

quando sc. reus coram iudice incompetente non excipit de incompetentia, sed alteri respondendo in forum tacite consentit et iurisdictionem prorogat«.

Es fragt sich hier nur, warum Carpzow hierin keine Prorogation erkennen will, vielmehr indirect auch eine andere Auffassung dieser Sachlage als möglich zugibt. Wir haben aber schon wiederholt erwähnt, dass auch das ältere deutsche Recht eine Rüge der Incompetenz nicht mehr gestattete, wenn sich der Beklagte einmal eingelassen hatte.*)

Ursprünglich wird das hierauf ergangene Urteil beim ordentlichen Gericht kein Ansehen genossen haben, darum keine Prorogation vorgelegen haben. In späterer Zeit, namentlich jedenfalls zur Zeit Carpzow's, werden auch die ordentlichen Gerichte solche Urteile als gültig betrachtet haben. Carpzow will also jedenfalls sagen: »Auch bei uns ist des Richters Jurisdiction nicht weiter behindert, wenn der Beklagte ohne Rüge der Incompetenz geantwortet hat; es ist aber dies bei uns aus anderem Grunde so, als deshalb, weil man Prorogation annimmt.« Eine ähnliche Stelle findet sich noch später: »si reus in I. termino (im Gegensatze zum römischen Rechte nach Carpzow I, 3, 1) exceptionem fori declinatoriam neglexerit, sistendo sese coram iudice incompetente, in iurisdictionem iudicis consentire et exceptioni declinatoriae renunciare censetur, quare termino sequenti ad hanc defensionem reverti nequit.«

Die Aufnahme dieser entschieden italienischen Terminologie, insbesondere die zum stricten Ausdruck kommende Fiction »censetur«, scheint mir darauf hinzuweisen, dass es vielleicht doch die römische Prorogationslehre war, die, auch in Sachsen eindringend, den deutschen Brauch des Ausschlusses der verspäteten Einrede zur vollen Prorogation ergänzte.

IV. Das gemeine deutsche Processrecht.

§ 27.

Seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts beginnt eine Periode der deutschen Processrechtswissenschaft, die nach einer Zeit des Verfalls und der Vernachlässigung des Quellenstudiums zu gründlicher Beschäftigung mit den Quellen zurückkehrt. Das Resultat dieser Arbeiten ist jene Gestaltung der Doctrin, die man das »gemeine Processrecht« nennt.

Da auch diese Zeitperiode formell auf die Quellen des Corpus iuris civilis und canonici, sowie auf die Anschauungen der Gelehrten früherer Zeit zurückgreift, um nachzuweisen, dass die damals aufgestellten Lehren in der communis opinio begründet seien, wird es genügen, nur die Grundzüge jener gemeinrechtlichen Lehren bezüglich der prorogatio fori hier anzureihen.

I. Um das Wesen der Prorogation zu bezeichnen, bediente man sich jetzt vorzugsweise des Ausdruckes »Gerichtsstand«, »forum prorogatum«. Man hatte erkannt, dass es sich um die Eröffnung eines forum rei für den Kläger handelte, das allerdings insofern eigentümlicher Natur war, als dabei auch die Grenzen der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte, die sonst in der Lehre vom Gerichtsstand ausser Betracht blieb, überschritten werden konnten. Andrerseits war einer jener Fälle gegeben, in denen durch das Gesetz ein Gericht zur Behandlung des concreten Rechtsstreits ermächtigt ist. Auch hier handelte es sich um eine Norm, wodurch die Zuständigkeit bestimmt wird. Aber diese Norm forderte das Vorhandensein anderer Zuständigkeitsnormen, weil vorausgesetzt wird, dass ein an sich unzuständiges Gericht zuständig werden soll. Eine Ergänzung der ordentlichen Zuständigkeitsregeln, ein Correctiv für deren

*) Wach, Archiv Bd. 62. — Planck, Gerichtsverf. I, 1 S. 413. — Glück, Commentar III, 206.

Starrheit und Unbeugsamkeit wird bezweckt. Nach der geschichtlichen Entwickelung hat sich dies in der Weise vollzogen, dass zuerst dem Willen des Beklagten, hier Recht zu nehmen, ein Spielraum gelassen wurde; nachher in der Weise, dass ihm nicht mehr eine Freiheit eingeräumt, sondern eine Vorschrift gegeben wurde*). Die sämmtlichen Gerichte des Staats sind jetzt ermächtigt, über ihn und seine Sache zu judiciren, wenn er die ihm auferlegte processuale Pflicht, die allerdings zugleich ein Recht für ihn involvirt, nicht erfüllt.

Indessen wird diese generelle Ermächtigung der Gerichte sub conditione dadurch eingeschränkt, dass in gewissen Fällen die Prorogation ausgeschlossen ist. Es werden hiernach bezüglich des einzelnen Falls ausnahmsweise gewisse Arten von Gerichten nicht ermächtigt. Zunächst wird der Satz festgehalten, dass es sich überhaupt um ein Gericht handeln muss, welches zuständig werden soll, da es sich um eine Bestimmung der Competenzordnung handelt und diese sich nur auf Gerichte beziehen kann. Dass aus diesem Satze auch die Unzulässigkeit der prorogatio fori an ausländische Gerichte folgen würde, da diese im Sinne des Souveräns nur privati sind, ist noch nicht anerkannt.**)

Aber auch die inländischen Gerichte werden nicht alle durch Prorogation zuständig. Im wesentlichen sind die Ausnahmen, die in dieser Richtung vom gemeinen Rechte aufgestellt werden, folgende zwei:

Nicht zuständig werden:

1) Gerichte mit ausschliesslich objectiver Competenz, d. h. Gerichte, welche nur einer bestimmten Art von Sachen ausschliesslich gewidmet sein sollen und deshalb auch nur für die Behandlung dieser einen Art von Sachen eingerichtet und ausgerüstet sind. Unter diesen Gesichtspunct fällt der Ausschluss der Prorogation an Strafgerichte, Lehenhöfe, geistliche Gerichte. Nach richtiger Ansicht dürfte auch durch Vereinbarung nicht die Zuständigkeit von reinen Appellationsgerichten zu begründen gewesen sein. Jedoch bestand hierüber Streit.***)
2) Ist die Prorogation ungiltig an Gerichte mit ausschliesslicher subjectiver Competenz. Es sind damit gemeint Gerichte, welche propter publicam utilitatem nur für Personen eines bestimmten Berufs geschaffen sind. Allein im Einzelnen war hier vieles bestritten, namentlich ob die prorogatio fori zulässig sei an Gerichte der Geistlichen, Soldaten, an academische Gerichte.†)

---

*) Im ersten Falle steht die Berechtigung die Competenz zu schaffen, im Vordergrunde, die Verpflichtung, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen, wenn er den Effect erzielen will, tritt zurück; im zweiten Falle ist der Gedanke der, dass ein Nachteil angenommen wird, den der Beklagte nur durch die Erfüllung seiner (processualen) Verpflichtung abwenden kann, d. h. nur dadurch, dass er der allerdings ihn auch berechtigenden Vorschrift des Gesetzes nachkommt.

**) Z. B. Wetzell, System. Hienach soll auch an ausländische Gerichte prorogatio fori stattfinden, da die Staatsgerichtsbarkeit kein privatrechtliches Interesse kennt. S. 426[26]. Schmid, Handbuch § 56[4] fordert, damit die Prorogation an ausländische Gerichte giltig sei, »dass die von ausländischen Gerichten ergehenden Erkenntnisse anerkannt werden.« Dies wird indessen doch wohl nur bei Gerichten von solchen Staaten der Fall sein, die einem völkerrechtlichen Vereine angehören. Schmid fügt bei, dass es sich von selbst verstehe, dass das ausländische Gericht dadurch nicht in ein Instanzenverhältnis zu den Gerichten des Inlandes trete.

***) Schmid a. a. O. Note 15.

†) Wetzell, System a. a. O. N. 35. Schmid a. a. O. N. 13. Während der erstere Autor hier die Prorogation ausschliesst, lässt Schmid dieselbe unter der Voraussetzung zu, dass diese Gerichte für alle Sachen der betreffenden Personen zuständig sind.

Da die einschlägigen Bestimmungen der Quellen manchen Zweifel zuliessen, war auch die wohl nicht unwichtige Scheidung*) zwischen der Zulässigkeit eines Verzichts auf ein solch' privilegirtes Forum einerseits, der Möglichkeit eine nicht vor ein solches Gericht gehörige Sache doch dorthin zu bringen andererseits oft unberücksichtigt geblieben.

Auch die Frage der Prorogationsmöglichkeit für die einer Patrimonialgerichtsbarkeit unterworfenen Personen ist schon früher besprochen worden. Wetzell gestattet diesen die prorogatio fori nur mit Zustimmung des Gerichtsherrn. Andere**) glaubten, diese Zustimmung sei nicht erforderlich, weil der betreffende Gerichtsherr die Patrimonialgerichtsbarkeit nur vorbehaltlich der Prorogationsmöglichkeit empfangen habe, folglich ein Eingriff in seine Gerechtsame nicht in Frage stehe. Es wird nun allerdings hier häufig durch Specialgesetze***) die Prorogation verboten worden sein, oder infolge einer irrtümlichen Rechtsauslegung eine solche für unzulässig erklärt worden sein; indessen nach den Bestimmungen der gemeinrechtlichen Quellen allein dürfte doch wohl dem Privatwillen auch hier eine Schranke nicht gezogen gewesen sein.

§ 28.

Wie bemerkt, wird das sog. forum pacticium oder prorogatum vom Gesetzgeber nicht pure, sondern bedingt eröffnet. Es muss erst noch seitens der Parteien, wenigstens seitens des Beklagten, etwas erfüllt werden, ehe die Ermächtigung zur Behandlung des Falles erteilt ist, es muss eben die Prorogation stattfinden. Worin besteht nun nach gemeinem Recht die Prorogation, d. h. dasjenige Element, was von den Parteien noch beschafft werden muss, damit Zuständigkeit eintritt?

Wir finden hinsichtlich dieser Frage einen Zwiespalt der Meinungen. Allenthalben wird zwar betont, dass die prorogirenden Parteien processfähig sein müssen;†) wo Bevollmächtigte prorogiren sollen, wird ein Specialmandat verlangt. Damit scheint also anerkannt zu werden, dass eine für den Process relevante Handlung der Parteien in Frage steht, eine Processhandlung mit andern Worten. Ferner scheint auch allgemein angenommen worden zu sein, dass zur Begründung der Competenz ein zweiseitiger Act erforderlich sei, nur war man uneins, ob bei der sogenannten »ausdrücklichen Prorogation« der blosse Wille genüge, oder ob auch Subjection hinzutreten müsse und im letzteren Falle, worin diese bestehe.††)

---

*) Diese Scheidung wird aber angedeutet z. B. bei Schmid a. a. O. N. 4, N. 16: »es darf weder die Partei, noch die Rechtssache an ausschliesslich privilegirte fora verwiesen sein«.

**) Schmid a. a. O. N. 27. — Glück III, S. 209 hält die Prorogation solcher Personen ebenfalls für nicht gestattet.

***) Vgl. z. B. cod. jur. Bav. iudic. § 17.

†) Schmid a. a. O. N. 31. — Glück a. a. O. S. 181.

††) A. Das Erfordernis der Subjection betonen:

1) Heffter, System § 167. Das Forum entsteht »durch freiwillige übereinstimmende Unterwerfung aller Parteien«. Diese findet er aber schon im Verzicht auf ein privilegirtes Forum bei Eingehung einer Verbindlichkeit (also vor dem Process) und in der Bestimmung eines speciellen Gerichts bei gleicher Gelegenheit. Trotzdem soll beim pactum prorogationis vor der Einlassung ein Zwang nicht stattfinden.

2) Dann Glück III, S. 174 ff.: Er fordert: »wirkliche Angehung des incompetenten Richters;« seitens des Beklagten »die wirkliche Einlassung vor demselben.«

3) Auch Wetzell, l. c. N. 28, 29 fordert; »absichtliches Unterwerfen« durch litis contestatio.

B. Dagegen soll der Wille allein die Competenz wirken nach:

1) Martin, Lehrbuch § 60 (58)e »wenn Personen ihren Willen, den Rechtsstreit vor ein incompetentes Gericht zu bringen auf eine giltige Art äussern« und hiezu Vorlesungen, § 60 N. 10 »durch ausdrücklichen Vertrag« l. 18 D 2, 1 wird für heutzutage unverbindlich erklärt.

Die überwiegende Zahl der Rechtslehrer war aber doch schliesslich der Meinung, dass der blosse Consens der Parteien zur Begründung des forum prorogatum genüge. Zeugnis hiefür Wetzell l. c. § 39 N. 31.

Was die »stillschweigende Prorogation« anlangt, so mussten hier die Meinungen sich ebenfalls scheiden.*) Forderte man Subjection zur Prorogation, so musste diese natürlich auch bei der prorogatio tacita verlangt werden. Der Unterschied gegenüber der »ausdrücklichen« lag nur darin, dass die Willensübereinstimmung nicht, wie dort, in mündlicher Rede zum Ausdruck kam.

Begnügte man sich dagegen mit der Willensübereinstimmung an und für sich, ohne Subjection zur Prorogation zu verlangen, so war die Subjection hier eben factum concludens für die Willensübereinstimmung. (Planck, Lehrbuch § 21[11].)

Zu denen, die letzteres annahmen, wird auch Heffter zu rechnen sein, da bei ihm »Subjection« schon in der blossen Vereinbarung zwischen den Parteien ohne Handlung vor und gegenüber dem Richter liegt.

Wenn nun gleich die herrschende Meinung dem Parteiwillen an sich die Wirkung der Competenzerstreckung beilegte, so war man doch gewohnt, unter diesem Parteiwillen eine Willensübereinstimmung, ev. also einen Vertrag zu denken. Allerdings kommen bei einzelnen Schriftstellern Wendungen vor, die auf den Willen des Beklagten ein grösseres Gewicht zu legen scheinen; aber dass der Wille des Beklagten die Prorogation wirke, ist, soviel ich sehe, nirgends ausgesprochen.

---

2) Schmid a. a. O., Note 31 »durch ausdrückliche Verabredung«. l. 18 D 2, 1 wurde schon durch Justinian in l. 29 C de pactis aufgehoben.

3) Renaud, Lehrbuch, § 42[8], »Mittels eines vor Beginn des Rechtsstreits geschlossenen Vertrags, von welchem auch vor angefangenem Processe ein Rücktritt nicht gestattet wird.« Dann: »Mittels Verhandlung vor einem nicht competenten Gerichte unter ausdrücklicher oder stillschweigender Unterwerfung«.

4) Bayer, Vorträge § 77 »die vertragsmässige Uebereinkunft allein«.

*) A. 1) Martin, Vorl. § 60[II]: »Die Prorogation kann durch concludente Handlungen stillschweigend geschehen«, z. B. indem man sich vor einem incompetenten Gerichte ungeachtet der Kenntnis von dessen Incompetenz auf eine erhobene Klage einlässt«. Auch in der Verhandlung über dilatorische und einlassungshindernde Einreden liegt eine Concludenz. »Man muss je nach der Beschaffenheit der im einzelnen Falle vorgenommenen Handlung ermessen, ob sich daraus auf Prorogation schliessen lässt.«

2) Schmid, l. c. 31 »es muss eine stillschweigende Verabredung über die prorogatio fori getroffen sein«, N. 43. »Die stillschweigende Prorogation geschieht von Seiten des Klägers durch die Anstellung der Klage bei dem incompetenten Gerichte; von Seiten des Beklagten durch die ohne Vorschützung der exc. fori declinatoria geschehene Einlassung«.

3) Renaud, l. c. N. 12 »prorogatio fori kann geschehen mittels Verhandlung der Sache vor einem gesetzlich incompetenten Gerichte unter stillschweigender Unterwerfung unter dasselbe.«

4) Bayer, § 77 Z. 2 i. f. »Wenn der Kläger vor einem incompetenten Richter Klage stellt und der Beklagte sich ohne Widerrede einlässt«.

B. 1) Heffter, l. c. N. 127 »Stillschweigend erfolgt die Unterwerfung durch die Litiscontestation ohne von der praescriptio fori Gebrauch zu machen«

2) Glück l. c. S. 174 ff. »Es wird zur stillschweigenden Prorogation erfordert, dass der Beklagte vor dem incompetenten Richter litem contestire, ohne sich der Ausflucht des nicht gehörigen Gerichtsstandes zu bedienen«.

3) Wetzell, l c. N. 29 fordert »absichtliche Unterwerfung ohne eine entsprechende Erklärung«.

Infolge hievon, wie es scheint, hatte man sich auch mit der weiteren Frage nicht beschäftigt, ob der Wille des Beklagten als Gebrauch eines Processrechts, oder als Verzicht auf ein solches zur Geltung komme.

Die hergebrachte Lehre vom error dagegen hatte man beibehalten, und ebenso hatte der Richter das Ablehnungsrecht behalten, wenn er dissentiren sollte.

§ 29.

III. Ueber die Natur des forum pacticium sollen hier noch einige Worte angereiht werden. Die gemeinrechtliche Lehre hat von einer prorogatio necessaria gesprochen*) und darunter Fälle begriffen, wo der Beklagte sich einem Richter kraft rechtlicher Notwendigkeit zu unterwerfen gehalten ist, dessen Gerichtsbarkeit er sonst nicht unterstehen würde. So zählt z. B. Glück drei Fälle dieser notwendigen Prorogation auf, nämlich

1) den Fall der Widerklage,
2) den der Streitverkündung und
3) den des Arrestes.

Eine gewisse Aehnlichkeit mit der prorogatio fori liegt hier allerdings insoferne vor, als ein nach der gesetzlichen Competenzordnung vorher unzuständiges Gericht in gewissen Fällen doch zur Behandlung eines nicht davor gehörigen Falles ermächtigt wird. Aber das wesentliche Merkmal der Prorogation, die Rücksichtnahme des Gesetzgebers auf den Willen des Beklagten, fehlt in diesen Fällen. Was aber seinem Wesen nach mit einem anderen Ding nicht harmonirt, kann nicht mit dem gleichen Namen vernünftiger Weise bezeichnet werden. Es kommt ja auch in anderen Fällen der Zuständigkeit vor, dass diese vom Gesetze nicht an eine bereits vorliegende Thatsache, z. B. an den Wohnsitz, geknüpft wird, sondern an eine erst vorzunehmende Handlung. So muss der Beklagte z. B. erst ein Delict begehen, einen Erfüllungsort vertragsmässig bestimmen, damit der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, des Vertrags entsteht. Allein, wenn es auch der Beklagte hier nicht selten in der Hand hat, den Gerichtsstand zu schaffen oder nicht, durch Vornahme oder Nichtvornahme der betreffenden Handlung, so wird seine Willensäusserung (Handlung) hier vom Gesetzgeber doch lediglich als factum, als Thatsache zur Demonstration des Gerichts verwertet, einerlei ob er die Zuständigkeit zur Zeit, wo er die Handlung vornimmt, wünscht oder nicht.

So ist auch das Verhältnis der Widerklage zur Prorogation beschaffen. Auch hier liegt die Thatsache schon fertig vor, an die der Gesetzgeber sofort mit ihrer Entstehung die Constituirung eines Gerichtsstandes knüpft und die Parteien brauchen nichts weiteres zur Begründung desselben hinzuzufügen. Bei der Prorogation dagegen liegt das Wesen darin, dass der Wille der Parteien auf die Begründung des Gerichtsstandes Einfluss nimmt. Der Gesetzgeber erteilt seine Ermächtigung nur, wenn der Wille der Partei sich gleichheitlich, gleichinhaltlich geäussert hat. Zwar kann auch bei der Widerklage die erste Klage schon, vielleicht mittels Prorogation, bei dem Gerichte in der Absicht angebracht werden, hier eine Widerklage zu erheben. Allein hier nimmt der Gesetzgeber auf einen etwa vorliegenden gleichheitlichen Parteiwillen keine Rücksicht, sondern normirt den Gerichtsstand, wenn die Bedingung vorliegt, unangesehen, ob die Parteien wollen oder nicht. Bei der Widerklage ist nämlich die Zuständigkeit des Gerichts für dieselbe begründet mit der Erhebung der Vorklage. Dadurch, dass der Beklagte die Handlung der Erhebung einer Widerklage wirklich vornimmt,

*) So namentlich Glück l. c. III, § 204, S. 188 ff.

macht er bloss von der schon vorhandenen Competenz des Gerichtes Gebrauch. Anders im Falle der prorogatio fori. Hier steht ein incompetentes Gericht in Frage, dem die Competenz nur sub conditione der entsprechenden Willensäusserung des Beklagten verliehen ist. Pendente conditione ist noch keine Competenz vorhanden. Der Beklagte muss erst die Bedingung erfüllen, dann erst tritt Competenz ein. Aber weil nun gerade der Wille des Beklagten die Seele der Prorogation ist, kann die Auffassung der Widerklage und anderer, ähnlich gelagerter Fälle als Prorogation juristisch nicht gebilligt werden.

Es werden nämlich zwei fundamental verschiedene Dinge unter einen Begriff gezwängt; die Folge hievon ist dann aber unvermeidlich die, dass der Begriff selbst in die Brüche geht, d. h. dass man mit dem Ausdrucke »prorogatio« keinen juristischen Gedanken mehr verbinden kann.

Verführend war sicherlich nur der für die Laien berechnete Ausdruck des canonischen Rechtes: »prorogatio fori«. Handelte es sich ja doch bei der letzteren nicht um einen Zuwachs für die Gerechtsame des Richters, sondern um die Begründung einer erneuten Möglichkeit für den Kläger, über seinen Gegner bei einem der verschiedenen Gerichte des Staates Recht bekommen zu können. Daher ist denn auch der seit der canonischen Rechtsterminologie aufkommende Ausdruck »prorogatio iurisdictionis« ein anschauliches Bild, aber kein juristischer Begriff.

Das gemeine Recht bedient sich denn auch vorzugsweise des Namens »prorogatio fori«, oder »forum prorogatum«.*)

§ 30.

Es soll nunmehr ein kurzer Ueberblick über die Resultate der bisherigen Untersuchung gegeben werden. Wir waren zunächst dem Gedanken gefolgt, dass die Begründung der Prorogation keinen Act beider Parteien, sondern nur einen solchen des Beklagten erfordere. Das römische Recht**) fand diesen Act in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der Porogationsabsicht an den Richter, also in einer Processhandlung ohne diese näher zu bestimmen. Von den Glossatoren und den italienischen Processschriftstellern wurde das römische Recht anerkannt, eine prorogatio tacita aber ausgesprochenermassen in der Defension mittels alia exceptio, bezw. litis contestatio ohne vorgängigen Gebrauch der praescriptio fori incompetentis gefunden. Weil aber in dem letztgenannten Thatbestande nach dieser Ansicht Prorogation gefunden werden musste, ergab sich der Satz, dass die Unzuständigkeitseinrede in principio litis vorgebracht werden müsse. Dieses principium litis wurde in Deutschland gemeinhin bis zur litis contestatio erstreckt.***) Mit der häufigen Betonung der Präclusion einer etwaigen praescriptio fori infolge nicht rechtzeitigen Vorbringens gewöhnte man sich sodann, diese Folge der prorogatio fori (infolge einer subiecto durch litis contestatio) als Grund der prorogatio fori hinzustellen.†)

Zum prägnanten Ausdrucke kommt indessen bei den oben aufgeführten gemeinrechtlichen Processrechtslehrern diese neue Auffassung nirgends.

*) Wetzell a. a. O. N. 28.

**) Vgl. für das römische Recht namentlich l. 14 D 2, 1.

***) Diese Auffassung wird wohl seit der Zeit besonders erleichtert worden sein, als das Gebot aufkam, alle exceptiones dilatoriae auf einmal vorzubringen. Carpzow, defin. for. P. I const. III def. I Z. 1—5.

†) Wach im Arch. Bd. 62 S. 373 ff. I Note 17 ff.

Man wird die letztere als das neuerdings so vielfach besprochene »Praeclusionsprincip« in seinen Anfängen bezeichnen dürfen. — Wir haben ferner gesehen, dass mit dieser Lehre notwendiger Weise auch die Weiterung verbunden war, dass die Prorogation auch in Fällen der Versäumnis, also gegen den Willen des Beklagten (als Fiction) angenommen werden musste. Dies ist das vollendete Präclusionsprincip.*) Es ist jetzt in allen Fällen der Prorogation Grund derselben die Versäumung der Incompetenzeinrede.

§ 31.

Die gemeinrechtliche Lehre hat nun aber die Frage aufgeworfen, ob in der contumacia des Beklagten vor der litis contestatio Prorogation zu erblicken sei oder nicht.**) Geht man vom sog. »Vereinbarungsprincip« aus, so stellt sich der Satz, dass auch im Falle eines gegenteiligen beklagtischen Willens die pura litiscontestatio Prorogation wirke, wie wir oben sahen, als eine Ausnahmsbestimmung dar, die auf besonderen Zweckmässigkeitsrücksichten beruht. Nach dem Wortlaute der römischen Quellen wird nicht zwischen verschuldetem und unverschuldetem Irrthum unterschieden. Die Glossatoren trugen erst die Auffassung vor, dass ein verschuldeter Irrtum die Prorogation nicht hindere.***) Veranlasst ist diese Auffassung jedenfalls durch die Erwägung, dass eine Vernichtung des bisher möglicherweise schon weit fortgeführten Verfahrens durch spätes Vorbringen eines solchen Irrtums vermieden werden solle. Äusserlich wurde hierdurch der Wille fortdauernd als Grund der Prorogation anerkannt. Man berief sich noch immer auf dieselben Quellenstellen. Innerlich aber war eine Erweiterung der Competenz geschaffen, die nicht mehr ihren Grund im Willen des Beklagten hatte, sondern in der Versäumung der Incompetenzeinrede. Diese Versäumung war eingetreten, weil die concludente Handlung der Litiscontestation vorgenommen war. Im Falle des Ausbleibens des Beklagten vor der Litiscontestation lag noch kein concludentes Factum vor. Das Ausbleiben des Beklagten liess nicht auf seinen Willen, hier Recht zu nehmen, schliessen. Aber auch die Erweiterung der Prorogation, deren Möglichkeit bei erfolgter Litiscontestation, traf nicht zu, weil diese nicht vorlag.

Vom Standpunkte des Präclusionsprincips aber kommt man zu demselben Resultate. Ein ausdrücklicher Verzicht auf die Incompetenzrüge fehlte, es war aber auch deren Präclusion noch nicht eingetreten, weil ja die Litiscontestation noch nicht erfolgt war.†)

---

*) Vom gegenteiligen Princip aus, dem »Vereinbarungsprincip«, (wir müssten »Willensprincip« sagen) würde nach dieser Erweiterung die Prorogation nur mehr zum Teil auf dem Willen, zum Teil aber auf gesetzlicher Vorschrift (Fiction) beruhen. Vom Präclusionsstandpuncte aus ist der Grund der Prorogation ein einheitlicher. Planck, Lehrbuch S. 92[25]. Vom Standpuncte der Vereinbarung wäre die Erweiterung mittels Fiction wohl nur eine aus Zweckmässigkeitsgründen gerechtfertigte, aber willkürliche Competenzerweiterung, während nach dem Präclusionsprincip sich diese Ausdehnung aus logischer Notwendigkeit infolge der geschichtlichen Entwickelung erklärt. Nach dem Vereinbarungsprincip dürfte es also wohl einen Gerichtsstand der litiscontestatio pura geben neben dem forum prorogatum, während nach dem Präclusionsprincip das umgebildete Rechtsinstitut vielleicht einen passenderen Namen erhalten könnte (forum non recusatum?). Dieser Name wäre aber dann nichts anderes als eine bündige Bezeichnung des Competenzgrundes in diesem Falle; wir hätten nicht einen neuen Gerichtsstand neben den übrigen, sondern das forum prorogatum wäre nur ein Begriff von auf alle übrigen Gerichtsstände gleichmässig bezüglichen Regeln, deren Wesen darin bestünde, dass es für den Kläger »ausschliessliche« und »facultative«, vom Standpunkte des Beklagten »verzichtbare« und »notwendige« Gerichtsstände gäbe.

**) Bolgiano in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 594 N. o.

***) Wach, Arch. Bd. 62 I.

†) Bayer l. c. S. 649 ff.

Zwar verfügte der J.-R.-A. § 37, dass »bei Strafe der Präclusion auch alle dilatorischen und peremptorischen Einreden in der dem Beklagten zur Beantwortung der Klage gegebenen Frist vorgebracht werden müssten, allein es ist eben die Frage, ob zu diesen Einreden auch die exc. iudicis incompetentis gehört, ob nicht vielmehr diese Einrede »ex officio zu suppliren« ist. Zu den Fehlern, wegen welcher nach römischem Rechte eine sententia an sich schon ungiltig ist, rechnet nämlich z. B. Bayer*) auch die Einrede der Incompetenz, welche durch Prorogation nicht gehoben ist, oder nicht gehoben werden kann. Es ist nun aber gerade Gegenstand der Untersuchung, ob im Falle der Totalversäumnis Prorogation möglich ist. Der Satz: »omissa declinatoria fori reus in iudicem consensisse videtur« setzte ohne Zweifel das Verfahren in Anwesenheit des Beklagten voraus. Er musste ja litis contestatio vornehmen, damit man sagen konnte, er habe die litis contestatio vorgenommen ohne Gebrauch der declinatoria fori, folglich letztere versäumt. Mag nun im Falle der Versäumnis lit. contestatio fingirt werden oder nicht, keinesfalls kann man ohne weiteres, d. h. ohne ausdrückliche gesetzliche, resp. gewohnheitsrechtliche Bestimmung Prorogation, Verzicht auf die Einrede auch bei contumacia des Beklagten fingiren.**) Es dürfte kaum richtig sein, dass ficta litis contestatio in allen Beziehungen gleich der wirklichen lit. contestatio wirke. Wird aber nach gemeinem Recht lit. contestatio überhaupt nicht fingirt,***) so dürfte ebenfalls eine dem Beklagten nachteilige Bestimmung nicht auf Fälle ausgedehnt werden, für welche sie nach ihrer Anlage nicht berechnet war. Die prorogatio tacita setzt aber lit. contestatio voraus, weil man sie gerade mit der lit. contestatio begründete.

Für die Zeit vor dem J.-R.-A. wird dagegen auch vom iudex incompetens der Arrest und die missio in bona giltig verfügt worden sein, ohne dass es einer Prorogation hiezu bedurfte, da man sich an den Satz des römischen Rechts hielt, dass der Beklagte auch vor einem unzuständigen Richter zu erscheinen habe (auf Ladung), um sein privilegium zu allegiren.

Bleibt der Kläger unthätig, wo er handeln sollte (vor der Litiscontestation), so war, wie ich glaube, nach gemeinem Recht die Prorogation nicht gehindert. Der Kläger musste sich nach der Klagestellung bewusst sein, dass der Beklagte es jetzt in der Hand habe, die Möglichkeit für das Gericht, den Fall zu behandeln nicht nur rechtlich, sondern weil eben schon geklagt war, auch thatsächlich zu beschaffen. Es wird daher der Beklagte berechtigt gewesen sein, mittels accusatio contumaciae die Nachteile des Ungehorsams gegen den Kläger in Wirksamkeit zu setzen, also um absolutio ab instantia oder Fortsetzung nach erneuter Ladung, bezw. ohne solche auf Grund des beklagtischen Vorbringens allein zu bitten.

§ 32.

I. Von der noch unter dem Einflusse der gemeinrechtlichen Anschauung stehenden Gesetzgebung sollen nur die beiden bayrischen Processordnungen von 1753 und 1869 hier noch betrachtet werden.

Der codex iuris Bavarici iudiciarii von 1753 stellt, ähnlich wie dies auch in der Doctrin†) geschah, in cap. I § 17 die »iurisdictio prorogata« neben die freiwillige Gerichts-

*) l. c. S. 1083.

**) Dagegen Glück l. c. S. 453 ff.

***) Bayer l. c. S. 649. Bolgiano in Grünhuts Zeitschr. Bd. 12. S 595.

†) Hanzely Reichshofratspraxis Bd. I. § 423.

barkeit (i. voluntaria).*) Zur Prorogation wird erfordert, dass sich beide Teile gutwillig, ohne Protestation einlassen.

Cap. VI § 2 schreibt sodann vor, dass alle exceptiones dilatoriae et peremptoriae zugleich und auf einmal angebracht werden sollen »im widrigen Falle aber allezeit ipso facto praecludirt seyn«. Von dieser Regel ist aber nach cap. VI § 3 die fori declinatoria ausdrücklich ausgenommen.

Im Contumacialfalle kann gegen den Beklagten lis pro negative contestata gehalten werden.

Auf Seiten des Richters a quo fordert cap. I § 17 »Wissen und Willen«. Auf Seiten des Richters ad quem »dass er sonst in dergleichen Sachen iurisdictionem habe«.**)

Ausserdem ist die Prorogation nur für einen einzelnen Fall gestattet. Die Parteien »sind schuldig, den iudex incompetens in selbiger Sache forthin für ihren Richter zu erkennen«.

Auch die Widerklage soll eine Prorogation wirken.***)

Die officiellen Anmerkungen zum Gesetzbuche werfen allen Ernstes die Frage auf, ob die prorogatio iurisdictionis »iure hodierno« noch Platz greife. Sie bemerken, dass bezüglich derselben unter den Rechtsgelehrten eine Controverse bestehe.

Schliesslich wird noch die Prorogation ausser Land für unzulässig erklärt wegen des ius de non evocando, ferner seien »die Gerichtstaxen und Sporteln heutzutage fructus iurisdictionis und manchmal gar pars salarii, welche mithin keinem Richter durch dergleichen Prorogationes auf andere Gerichte so leichterdings ohne seine Einwilligung entzogen werden mögen.«

II. In welcher Richtung sich die Reformbestrebungen auf dem Gebiete des Civilprocessrechts in Bayern in der 2. Hälfte dieses Jahrhunderts bewegten, geben »die Motive zu dem Entwurfe einer Processordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten« in § 1 zu erkennen. Die Grundgedanken der neuen Processordnung von 1869 sind dem rheinisch-französischen Civilprocesse entnommen.

Schon der Entwurf weist der Prorogation mit Rücksicht auf deren gleichzeitige Beziehung zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit eine Stelle hinter diesen Materien an. Welche Gesichtspunkte bei der Normirung speciell der Prorogationsbestimmungen leitend waren, erfährt man aus § 6 der Motive, wo gesagt wird: »Die Processführung wird im System des Entwurfes zunächst vollständig den Parteien im Bereiche ihres Verfügungsrechtes überlassen. Auf Förderung möglichst freier Bewegung sind die Vorschriften des Entwurfs über Schiedsgerichte und über den gewillkürten Gerichtsstand berechnet.«

Nach den Motiven Art. 31 wollte man sogar an Berufungsgerichte die Prorogation gestatten, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Wert des Streitgegenstandes die Berufungssumme erreichen würde. Hievon ist man aber schliesslich doch abgekommen und hat die Prorogation in Art. 38 auf den »ersten Rechtszug« beschränkt.†)

---

*) Hiezu die Anmerkungen: prorogatio tacita = wenn beide Teile coram incompetente ohne Reservation litem wissentlich contestiren.

Was hiemit gemeint ist, wird aus Cap. VI § 1 ersichtlich. Dort ist litis contestatio eventualis definirt »da die Einlassung nur unter gewisser Bedingnis und Protestation geschieht, welche mithin auch erst alsdann wenn die Bedingnis purificirt ist, ihren Effect erreicht.«

Ausserdem kann auch, wo die Klage auf briefliche Urkunden allein gestützt und daraus bewiesen werden kann, die Klage für liquid und einbekannt angenommen werden. Wendt, Handbuch des bayer. C.-P. S. 134.

**) Die Anmerkungen sagen: »Auf Seiten des Richters wird erfordert, dass er die nämliche speciem iurisdictionis habe, welche sich auf die causam prorogatam schickt.«

***) Wendt l. c. S. 68.

†) Art. 38 I und II Z. 8 P.-O.

Während in Art. 31^{II} des Entwurfs der gemeinrechtliche Grundsatz, dass iudex a quo und ad quem sachlich gleiche Competenz haben müssen, damit Prorogation zwischen ihnen zulässig sei, abgesehen von der Bestimmung in Abs. I hinsichtlich der Appellationsgerichte, beibehalten wird, gibt Art. 38^{II} der Processordnung einen Katalog von Fällen, in welchen die Prorogation ausgeschlossen sein soll.

Hervorragendes Interesse bietet die Benützung der alten italienischen Lehre, dass zur Abwendung der prorogatio ficta die exc. fori incompetentis vor jeder anderen Einrede vorgebracht werden muss in Art. 32^{I} des Entwurfes. Art. 39 der P.-O. verlangt dagegen Einlassung ohne Gebrauch der Incompetenzeinrede zur prorogatio ficta.

Ausdrücklich (und übereinstimmend in Art. 32^{III} des Entwurfs und Art. 39^{III} der P.-O.) wird die Fiction einer Prorogation auf das contradictorische Verfahren beschränkt. Deren Unzulässigkeit im Contumacialverfahren spricht die P.-O. damit aus, dass sie Ablehnung des Richters, also gerade das Gegenteil der prorogatio ficta anzunehmen befiehlt. Der Entwurf bediente sich einer anderen Wendung: er forderte im Versäumnisfalle Prüfung der Zuständigkeit von Amtswegen.

Aber auch für das regelmässige Verfahren stellt die P.-O. in Art. 39^{II} eine Milderung der strengen Fiction bezüglich des Verfahrens vor den Einzelrichtern auf. Hier wird Belehrung der Parteien und ihrerseits eine protokollarische Erklärung über die Vereinbarung verlangt.

§ 33.

Während nach den Anmerkungen von Kreittmayr's zum codex iuris Bavarici iudiciarii der prorogatio fori noch eine so untergeordnete Bedeutung zukam, dass nicht einmal ihre Zulässigkeit ausser Streit stand, hat die bayerische Processordnung vom Jahre 1869 im Einklange mit der durch die hannover'sche Processordnung inaugurirten Richtung der Gesetzgebung*) versucht, diesem Institute im Systeme des Processes eine wichtigere Stellung einzuräumen. Die Grundgedanken, denen diese reformatorische Richtung der Processgesetzgebung folgte, finden wir in umfassender, wenngleich prägnanter Darlegung in den Motiven zum Entwurfe der Reichs-Civilprocessordnung von 1874 (»der Begründung des Entwurfs einer Civilprocessordnung und des Einführungsgesetzes«) niedergelegt.

Dort wird es sofort im Eingange als die Tendenz des Entwurfs bezeichnet, den Spielraum der prorogatio fori zu erweitern. Es gelangt im schroffen Gegensatze zu der bisherigen Annahme, dass die Prorogation die Gerechtsame des Gerichtsherrn beeinträchtige, die gegenteilige Anschauung zur Geltung, dass sie im Interesse des Trägers der Gerichtsgewalt, selbst zuzulassen sei, weil sie dessen Aufgabe zu erleichtern geeignet sei, deren Lösung beschleunige.**) Die Erkenntnis, dass auf dem Gebiete der prorogatio fori das Interesse des Gesetzgebers und das der Parteien weithin harmoniren, führt dahin, zwei Fundamentalsätze für die Regelung dieser Materie aufzustellen. Die Prorogation soll gestattet werden

1) soweit ein Interesse der Parteien erkennbar ist, dass sie gestattet werde,
2) soweit durch Berücksichtigung dieses Parteiinteresses das öffentliche Interesse nicht Schaden leiden würde.

---

*) Dieser Richtung gehören an die in den Motiven 3. Titel zu §§ 38—40 am Anfange (Drucksachen des deutschen Reichstages II. Legisl. Per. II. Session 1874) genannten Processgesetze und Entwürfe.

**) »Erleichterung und Beförderung der Rechtspflege« ist nach den Motiven das Ziel, das man im Auge hat, »wenn dem übereinstimmenden Willen der Parteien auch in Betreff der Bestimmung der Gerichtszuständigkeit Berücksichtigung geschenkt werde.«

Der erstere Gesichtspunct kommt nach der negativen Richtung im Ausschluss der Prorogation an die Gerichte höherer Instanz zum Ausdruck.

Zur Zulassung*) der Prorogation dagegen führt das Bestreben, dem Interesse der Parteien zu dienen, vornehmlich in Ansehung der sachlichen Zuständigkeit und hier wieder vorzugsweise, wo diese nach Summen oder dem Werte des Streitgegenstandes bestimmt wird. Die allgemeine Fassung des § 38[1] des Entwurfes sei gewählt worden, um zu gestatten, dass nicht nur ein örtlich unzuständiges Gericht durch Vereinbarung zuständig werde, sondern dass auch durch Vereinbarung amtsgerichtliche Sachen vor die Landgerichte und landgerichtliche Sachen vor die Amtsgerichte gebracht werden können.

In diesem Falle hat der Gesetzgeber auch das öffentliche Interesse nicht verkannt, das in mannigfacher Weise auf dem Gebiete der sachlichen Zuständigkeit Gestattung der Prorogation fordert. Es wird nach den Motiven dadurch der Vorteil gewonnen, dass zahlreiche Competenzstreitigkeiten vermieden werden, die unvermeidlich wären, wenn in derartigen Fällen die Gerichte verpflichtet sein würden, stets den Wert des Streitgegenstandes zu prüfen und festzustellen. Ein zweiter Missstand, der sich ohne die Möglichkeit der Prorogation im Falle der §§ 447, 448 des Entwurfs, § 467 der R.-C.-P.-O. ergeben würde, nämlich das häufige Vorkommen unnützer Verhandlungen, wird so gleichfalls umgangen. Rücksichtlich der Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte, insbesondere nach Summen, wird also ein Interesse des Gesetzgebers, die Prorogation nicht zu gestatten, ausdrücklich negirt. Dieser Mangel eines öffentlichen Interesses, dem Parteiwillen die Anerkennung zu versagen, führt noch zu einer zweiten Erweiterung der Prorogationsmöglichkeit: es wird das dem Gerichte nach der gemeinen Lehre zukommende Recht des Widerspruchs gegen die Prorogation aufgehoben. »Es entbehrt dieses Widerspruchsrecht der ausreichenden Begründung«; seitdem bei Ausübung der Gerichtsbarkeit**) ein privatrechtlicher Gesichtspunct nicht mehr Ausschlag giebt, besteht auch hier kein öffentliches Interesse mehr, der Parteiwillkür nicht freien Lauf zu lassen. Es wird »für die Anordnung der Rechtspflege in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als vorherrschender Gesichtspunct«, »das Interesse der Parteien, die Erleichterung und Beförderung der Rechtspflege« anerkannt. Auch das Bedenken, welches aus einer möglichen Überlastung der Gerichte hergeleitet werden könnte, wird verworfen,« als rein theoretischer Natur«

---

*) Sie zuzulassen »fordert kein überwiegendes Bedürfnis.«

Die Motive bemerken: »gerade hier sei in der Erweiterung der Privatwillkür ein bedeutendes Mittel gegeben, um die Nachteile und Schwierigkeiten zu heben, welche mit der Abgrenzung der Zuständigkeit verknüpft seien. Denn wenn auch der Gesetzgeber bei dieser Abgrenzung noch so sehr das Interesse der Parteien in Betracht ziehe, bleibe doch eine gewisse Willkür unvermeidlich, so dass im Einzelnen zahlreiche Fälle vorkommen könnten, in denen die Abgrenzung keineswegs dem Interesse der Parteien entspräche.«

»Die Parteien dürften nicht verhindert werden, die Summe von 100 Thlr. nicht übersteigende, aber schwierige Sachen vor dem Landgerichte zu verhandeln und sich so für die Rechtsmittelinstanz den Zutritt zu den höheren Gerichten (Oberlandesgericht, Reichsgericht) zu eröffnen oder umgekehrt: die amtsgerichtliche Competenz übersteigende, aber einfache Sachen in dem weniger kostspieligen, dem Anwaltszwang nicht unterworfenen, mit dem Vorteile dersofortigen Vollstreckbarkeit des Urteils ausgestatteten amtsgerichtlichen Verfahren zur Erledigung zu bringen.«

**) Die Ausübung der Gerichtsgewalt ist in dem modernen Staate aus einem Privatrechte eine öffentliche Pflicht geworden vgl. die citirte Stelle aus den Motiven zur hannover'schen Processordnung: »es dürfte nicht passend sein, wenn die richterliche Thätigkeit nicht durch feste Regeln bestimmt ist, vielmehr nach Willkür geübt werden darf.«

erklärt. Es wird darauf verwiesen, dass die Zuständigkeitsregeln im Allgemeinen an sich schon dem Bedürfnis Rechnung tragen und tragen sollen, dass ausserdem das Misstrauen der Parteien eine zu häufige Prorogation hindere.

Dagegen werden doch gewisse notwendige Schranken der prorogatio fori anerkannt, die im öffentlichen Interesse aufgestellt werden müssen. Sie haben sämmtlich im Gesetze selbst Aufnahme gefunden.*)

Während sich der Entwurf so bemüht, im Gegensatz zu der früheren Rechtslage die richtigen Grenzen der Prorogationsmöglichkeit festzustellen, beabsichtigt er nicht, die Rechtssätze selbst, die aus dem gemeinen Rechte überliefert sind, umzugestalten.

Vielmehr recipirt der Entwurf die im gemeinen Processrecht schliesslich zur überwiegenden gewordene Auffassung der aus dem recipirten romanischen Processrecht überkommenen Grundsätze über das forum prorogatum. Vor allem folgt der Entwurf dem Zweiseitigkeitsprincip: »Ein an sich unzuständiges Gericht erlangt die Zuständigkeit durch die Vereinbarung der Parteien.«

Eine Unterwerfung durch Litiscontestation, wie sie noch Wetzell als notwendig bezeichnet hatte, wird nicht gefordert; es ist nur von »ausdrücklicher« und »stillschweigender« Vereinbarung die Rede. Sodann wird die Fiction »omissa declinatoria fori reus in iudicem consensisse videtur« aufgenommen. Eine Demaskirung, möchte ich sagen, der nach § 39 »anzunehmenden stillschweigenden Vereinbarung« erfolgt auch in den Motiven nicht. Dort heisst es nur: »In § 39 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben, welcher auch in anderen Processgesetzen und Processgesetzentwürfen (seit der hannover'schen Processordnung von 1850) eine specielle Berücksichtigung gefunden hat.« In diesem Falle »sei die Annahme gerechtfertigt, dass sich der Beklagte diesem Gerichte freiwillig unterwerfe.« Indessen folgt doch aus der Sprachweise des Entwurfs, dass in dem Falle des § 39 Competenz eintritt, nicht weil die Annahme der freiwilligen Unterwerfung gerechtfertigt ist, sondern weil »der Entwurf bestimmt, dass eine stillschweigende Vereinbarung anzunehmen sei.« Der Thatbestand, aus dem die Annahme der freiwilligen Subjection gerechtfertigt ist, wird so umschrieben: »wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor dem unzuständigen Gerichte zur Hauptsache mündlich verhandelt.«

Dagegen »bestimme der Entwurf nicht, dass eine stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheine«; »denn aus der Thatsache des Nichterscheinens sei eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern.

Der nicht erschienene Beklagte dürfe — allerdings auf seine Gefahr hin — den von Amtswegen erfolgenden Ausspruch der Unzuständigkeit seitens des Gerichts erwarten.«

Schliesslich erklären die Motive, dass eine ausdrückliche Ausschliessung der Prorogation in diesem letzteren Falle nicht erforderlich erschienen sei.

Als Wirkung und Wesen der Prorogation wird endlich in den Motiven bezeichnet, »dass ein an sich unzuständiges Gericht die Zuständigkeit erlangt.« An einer anderen Stelle wird von einem »prorogirten Gerichtsstande« gesprochen und bemerkt, dass dieser auch nach der Parteivereinbarung, die ihn schafft, ein »ausschliesslicher« sein könne. —

*) Für die Bestimmung in § 401 wird als Grund angegeben, dass einer willkürlichen Aufhebung des »allgemeinen Gerichtsstandes« vorzubeugen sei.

B.

Dogmatischer Teil.

§ 34.

Die R.-C.-P.-O. regelt das Institut der Prorogation in einem eigenen Titel, der sich den Normen über die sachliche und örtliche Verteilung der Gerichtsgewalt anschliesst. Der Grund ist der, dass durch die Rechtssätze der §§ 38—40 sowohl die einen wie die anderen eine Modification erfahren. Prorogation soll, wie wir schon bei Besprechung der Motive gesehen haben, statthaft sein gegenüber der sachlichen wie örtlichen Zuständigkeit der Gerichte. Die R.-C.-P.-O. bedient sich nun des Ausdruckes »Gerichtsstand« sonst nur, wo es sich um Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit handelt.*) Daher musste die Regelung der Materie unter dem Namen eines »forum prorogatum, conventionale oder pacticium« gegenüber dem sonstigen Sprachgebrauch der Processordnung fallen gelassen werden.

Indessen rechtfertigt der Inhalt des in den §§ 38—40 der C.-P.-O. niedergelegten gesetzgeberischen Willens auch abgesehen von der Beziehung auf die sachliche Zuständigkeit den Verzicht des Gesetzes, den sogen. »vereinbarten Gerichtsstand« in eine Reihe mit den übrigen Gerichtsständen zusammenzustellen. Die Normirung eines Gerichtsstandes ist ihrem Wesen nach nichts anderes als die Auferlegung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht an den Beklagten, vor einem (sachlich und örtlich) näher bezeichneten Gerichte Recht zu nehmen, zu Recht zu stehen. Diese Pflicht stellt das Wesen des Begriffs »Gerichtsstand« dar unangesehen die Folgerungen, die sich aus dieser Pflicht für den Kläger sowohl, als den Beklagten ergeben, ohne Rücksicht darauf, dass mit dieser Pflicht für den Beklagten auch ein Recht, für den Kläger Recht und Pflicht notwendigerweise verbunden sind. Ist nun die Prorogation nichts anderes, als die Begründung eines Gerichtsstandes, so ist nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber nicht vom Willen des Beklagten, diese Pflicht freiwillig auf sich zu nehmen, die Zuständigkeit abhängig machen sollte, warum er hiezu auch eine Willenserklärung des Klägers fordern sollte. Der Kläger hat ja kein rechtliches Interesse daran, dass der Beklagte ein onus auf sich nimmt, ihm steht es nur frei, ob er aus dieser Pflichtübernahme durch den Beklagten Rechte für sich ableiten will.

Allein nach der Processordnung ist der Prorogation noch eine andere Wirkung beigelegt, sie kann unter Umständen einen »ausschliesslichen Gerichtsstand« wirken, wie die Motive ausdrücklich anerkennen. Die Begründung eines solchen aber setzt voraus, dass die anderweitigen Gerichtsstände beseitigt werden, das heisst, dass der Beklagte von seinen sonst noch bestehenden Pflichten befreit wird. Wie nun die Begründung eines forum, die Begründung einer öffentlich rechtlichen Macht über dem Beklagten und folgeweise seine Unterwerfung unter dieselbe, die Begründung seiner Pflicht, ihr Folge zu leisten, nur vom Gesetzgeber ausgehen kann, so auch die Aufhebung des begründeten Gerichtsstandes. Der Gesetzgeber könnte also auch vom blossen Wunsche des Beklagten, einem anderen Gerichtsstand unterworfen zu werden, die Aufhebung des früheren abhängig machen. Allein es ist nicht abzusehen, welcher Grund ihn hiezu ohne weiteres bestimmen könnte. Es besteht ja der Gerichtsstand nicht im Interesse dessen, der

*) Planck, Lehrbuch S. 264.

hiernach seine Aufhebung wünschte, sondern vornehmlich im Interesse seines Gegners. Daher wird der Gesetzgeber aus einer etwaigen diesbezüglichen Willensäusserung des Klägers viel eher ein Motiv gewinnen, den Gerichtsstand des Beklagten aufzuheben. Wo es sich also um Schaffung eines ausschliesslichen Gerichtsstandes im Wege der Prorogation handelt, wird mit Recht der Wille des Klägers als derjenige bezeichnet werden, welcher den Grund zur Aufhebung der übrigen Gerichtsstände abgibt, dagegen der Wille des Beklagten als derjenige, der auch in diesem Falle Ursache der Schöpfung eines neuen Gerichtsstandes wird.*)

Damit dürfte nachgewiesen sein, dass es sich bei der prorogatio fori der R.-C.-P.-O. nicht bloss mehr um die Begründung der Competenz in der Person eines unzuständigen Richters handelt, sondern unter Umständen auch um das Gegenteil. Dieses Plus, welches nur durch Prorogation soll bewirkt werden können, kommt auch bezüglich der übrigen Gerichtsstände vor, auch da, wo sich mit der Beseitigung der bisherigen Gerichtsstände oder einiger solcher, besser gesagt, nicht die Schaffung eines neuen verknüpft. Ist z. B. in einem Falle neben dem forum domicilii auch das forum contractus begründet, so dürfte nichts entgegenstehen, das letztere auszuschliessen. Diese Ausschliessungsmöglichkeit ist also kein Proprium des prorogirten Gerichtsstandes, sondern aller Gerichtsstände. Folglich wird die Prorogation systematisch richtig da locirt, wo ihre umfassende Natur veranschaulicht wird.

Aber auch von der möglicherweise beabsichtigten Ausschliesslichkeit des Gerichtsstandes der Prorogation abgesehen, verdient die prorogatio fori eine Sonderstellung gegenüber den übrigen Gerichtsständen, um ebendeswillen, weil sie eine selbstübernommene Pflicht gegenüber auferlegten Pflichten zu schaffen geeignet und bestimmt ist. Vom Standpuncte des Gesetzgebers aus aber ist sie ein Correctiv, welches rücksichtlich aller Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit eingeführt wird und welches darum in der Darstellung von diesen getrennt werden muss.

Die Processordnung nimmt ferner die Bezeichnung der nun im 3. Titel des Abschnittes 1 des 1. Buchs folgenden Bestimmungen nicht von der Wirkung der Prorogation her, sondern sie will das Wesen der die Wirkung erzeugenden Handlung zur sofortigen Kenntnis bringen. Hierin wird wohl ein Zeichen dafür zu erblicken sein, dass es sich im Sinne des Gesetzes um processuale Willenserklärungen der Parteien rücksichtlich der Zuständigkeit handelt und dass der Inhalt der §§ 38—40 sich damit leichter benennen lasse, als nach der Wirkung dieser Willenserklärungen. Bei der Darstellung dieser Willenserklärungen werden wir im Folgenden die Anordnung der Civilprocess-Ordnung in §§ 38 und 39 zu Grunde legen.

I. Vereinbarung.

§ 35.

Nach der Ueberschrift des Titels sowohl, als nach dem besonderen Inhalte des § 38 handelt es sich im Sinne der Processordnung bei der prorogatio fori um eine Vereinbarung. Diese Vereinbarung erfolgt nach § 38 unter den Parteien und soll die Zuständigkeit des an sich unzuständigen Gerichts bewirken. Welcher Art diese Zuständigkeit ist, ob der Gerichtsstand ein allgemeiner oder besonderer, ein ausschliesslicher oder facultativer ist, wird nicht gesagt. Die Untersuchung hierüber wird an einer späteren Stelle erfolgen. Für jetzt haben

*) S. auch unten § 36.

wir nur nötig, hervorzuheben, dass der so begründete Gerichtsstand auch ein ausschliesslicher sein kann.

§ 38 enthält somit nur die Wirkung der Vereinbarung, aber bezüglich des Inhalts derselben sagt er ausdrücklich nichts. Wir werden aber zu unterstellen berechtigt sein, dass die Parteien bei ihrer Vereinbarung eben nichts anderes beabsichtigen, als diese ausdrücklich genannte Wirkung, so dass sich also das Verschweigen des Inhaltes der Vereinbarung sprachlich erklären würde durch die Annahme, dass es lediglich zur Vermeidung einer Wiederholung erfolgt ist. Die Motive scheinen allerdings etwas anderes als den Inhalt der Vereinbarung anzusehen. Sie sprechen von einem »sich freiwillig unterwerfen.«

Allein vorausgesetzt, dass dies wirklich den Inhalt der Vereinbarung des § 38 darstellt, wäre es doch notwendig gewesen, den Inhalt der Vereinbarung im Gesetze zum Ausdrucke dann zu bringen, wenn damit etwas anderes gemeint wäre, als das, was sich aus § 38 selbst ergibt. In der That besteht aber zwischen dem Willen, sich zu unterwerfen, und dem Willen, die Zuständigkeit zu begründen, kein begrifflicher Unterschied. Beide Ausdrücke bezeichnen dasselbe Ding unter verschiedenem Gesichtspuncte. Auf Seiten des Richters wird die Gerichtsgewalt, die öffentliche Gewalt begründet, der auf Seiten des Beklagten die Gerichtspflicht gegenübertritt, wenn dieser sich der Gerichtsgewalt freiwillig unterwirft.

Nun unterscheidet sich aber ein solcher Inhalt der Prorogationsvereinbarung, des Prorogationsvertrags, in nichts von dem gewöhnlichen praestare eines civilrechtlichen Vertrags. Denn Inhalt des Vertrags ist nicht etwa, dass die Parteien verpflichtet sein sollen, hier Recht zu nehmen oder unterworfen zu sein, sondern vielmehr, dass sie hier Recht nehmen, sich unterwerfen wollen. Erst aus einem Vertrage dieses Inhalts entspringt ihre Verpflichtung, sei es nun nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht. Hieraus allein könnte also nicht erkannt werden, ob wir es mit einem civil- oder öffentlich-rechtlichem Vertrage zu thun haben. Es liesse sich ja wohl auch im Civilrechte ein Vertrag denken, durch welchen sich beide Teile gegenseitig obligiren, um einen beiderseits gewünschten Erfolg zu erzielen, Thätigkeiten gewisser Art nach dem Willen eines Dritten vorzunehmen. Beispiel eines solchen civilrechtlichen Vertrags wäre der Schiedsvertrag. Umgekehrt kann Inhalt eines publicistischen Vertrags ganz die gleiche Leistung sein, wie sie auch bei bürgerlichen Verträgen vorkommt. So ist z. B. der Inhalt einer Pflicht zur Leistung von Hand- und Spanndiensten derselbe, wie er bei einem civilrechtlichen Vertrage vorkommen kann; ebenso liesse sich nun auch ein öffentlich rechtlicher,*) auf dieselbe Leistung gerichteter Vertrag denken.**) Daraus wird es auch erklärt werden müssen, dass der Prorogationsvertrag, das pactum de prorogando, mit seinem Inhalte: se subiicere ursprünglich und bis auf die neueste Zeit als civilrechtlicher Vertrag aufgefasst wurde. Ursprünglich zweifelte man, ob auch dieses se subiicere Gegenstand der obligatio sein könne, ob es ein facere genannt zu werden vermöge. Man verneinte die Frage***) und gestattete nur die Realisirung der verwirkten poena. Späterhin und namentlich im gemeinen Rechte trat der Grundsatz von der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge auf und man gestattete eine Klage auf das Interesse.

---

*) Vgl. Seydel, Bayer. Staatsrecht III. Buch S. 322.

**) Seydel a. a. O. S. 326. »Die öffentlichen Gewalten können sich genau dieselbe Dienstleistung das eine Mal im Wege des bürgerlich rechtlichen, das andere Mal im Wege des öffentlich rechtlichen Vertrags, das dritte Mal durch Auferlegung einer gesetzlichen Verpflichtung verschaffen.«

***) Man forderte die Unterwerfung selbst: gleichsam Realität, statt der obligatio.

Endlich ging man soweit, stets die Leistung selbst zu erzwingen, hier also den Beklagten zur Subjection vor dem unzuständigen Richter zu nötigen.*) Aber dabei bewegte man sich immer auf privatrechtlichem Boden: man gestattete auch jetzt die Erzwingung der Subjection nur von dem Gesichtspuncte aus, dass der Kläger nicht etwa am Vermögen Schaden leide. Mit dieser Characterisirung der Prorogation als eines civilrechtlichen Vertrags reichte man nun in der Wissenschaft so lange aus, als man überhaupt nur Verträge des Privatrechts kannte.

Nachdem sich aber einmal die Auffassung Bahn gebrochen hat, dass auch das öffentliche Recht sein Obligationensystem habe, dass es auch öffentlich-rechtliche Verträge gibt, muss untersucht werden, ob nicht unter die letzteren auch die Vereinbarung über die Zuständigkeit gehöre. In der That spricht für die Bejahung dieser Frage schon der Umstand, dass der Prorogationsvertrag sich auf dem Gebiete des Processes bewegt und äusserlich in der Ordnung des Processes seine Regelung erfährt.

Aber auch die Motive erkennen das öffentliche Interesse, welches die Statuirung der Prorogationsmöglichkeit erheischt, an.**) Zunächt ist also das öffentliche Interesse die Veranlassung dazu, dieses Rechtsgeschäft zu normiren. Dieses ist massgebend für seine Schöpfung, Gestaltung und Zulassung. So wird denn auch die Prorogation als »Processhandlung« anerkannt.***)

Die Processordnung spricht von einer Vereinbarung der »Parteien.« Aus diesen Fundamentalsätzen wird dann die Forderung abgeleitet, dass den Prorogationsvertrag nur processfähige, resp. zur Processvertretung befugte Personen abschliessen können.†)

Es dürfte diese Betrachtung ergeben, dass der Inhalt des Prorogationsvertrags doch specifisch dem öffentlichen Rechte angehört, wenn er auch lange Zeit als privatrechtliche Leistung betrachtet wurde. Es wird beachtet werden müssen, dass es an sich den Parteien nicht freistehen kann, sich einer beliebigen Gerichtsgewalt zu unterwerfen und dadurch die Zuständigkeit des Richters über sich zu begründen und ebenso wenig: sich der öffentlichen Gewalt des iudex zu entziehen und diesen dadurch unzuständig zu machen. In früherer Zeit konnte man sich allerdings mit der Vorstellung leicht helfen, dass auch im Falle der Begründung eines ausschliesslichen Gerichtsstandes das ordentliche Gericht competent bleibe, nur nicht angegangen werden dürfe. Es dürfte zu sagen sein, dass die Unterwerfung des Beklagten unter einen Richter ein öffentlich rechtliches Verhältnis ist, das nur vom Gesetzgeber geschaffen werden kann. Ich möchte meinen, dass dies schon der Sinn der l. 18 D 2, 1 »nemo compelletur« gewesen sei. Wenn man davon ausgeht, dass nach § 38 C.-P.-O. Inhalt und Wirkung der Zuständigkeitsvereinbarung die gleichen sind, so wird deutlich sein, dass die Parteien, wie das römische Recht sagt: »iudicem facere non possunt«, das Gericht aus eigener Macht nicht zuständig machen können. Vielmehr kann die Zuständigkeit eines Gerichtes begründen, die Ermächtigung erteilen, einen Fall zu behandeln nur der Gesetzgeber. Aber der Act, den die Parteien vornehmen, ist eine Bedingung der Zuständigkeitsverleihung durch den Gesetzgeber, die zu setzen oder nicht zu setzen den Parteien überlassen bleibt. So rechtfertigt sich der Sprachgebrauch des Gesetzes, dass eine Parteihandlung der Grund der Zuständigkeit sei. Da der Wille des Gesetzgebers sich aber nicht gegenüber dem einzelnen Falle, sondern gegenüber einer Anzahl von solchen, als Regel, äussert, so wird man sagen müssen, dass der

*) Planck, Lehrbuch S. 79[11].

**) »Erleichterung und Beförderung der Rechtspflege.«

***) Planck, Lehrbuch 80[14].

†) Nach § 77 C.-P.-O. ermächtigt die Processvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Processhandlungen, somit auch zur Prorogation.

Wille des Gesetzgebers, dass ein Gericht zur Behandlung eines einzelnen Streitfalles ermächtigt sei, sub conditione bestehe. Er ist nur für den Fall gefasst, dass der Wille der Parteien sich gleichartig äussert. Pure ist der gesetzgeberische Wille erst vorhanden, wenn die Bedingung gesetzt ist. Wie wir im Laufe der früheren Darstellung sahen, liegt eben darin, dass der Gesetzgeber hier seinen eigenen Willen von dem der Parteien abhängig macht, der Unterschied gegenüber anderen Gerichtsständen, das Wesen des forum prorogatum.

§ 36.

Es ist früher festgestellt worden, dass das der Prorogation zu Grunde liegende Parteiinteresse nicht mehr erheischen würde, als dass da, wo es sich lediglich um die Begründung eines weiteren facultativen Gerichtsstandes handelt, die Prorogationswirkung vom Willen des Beklagten, da, wo ein ausschliessliches forum geschaffen werden soll, vom Willen des einen oder andern abhängig gemacht würde. Soweit ein schon vorhandener Gerichtsstand aus einem facultativen zum ausschliesslichen gemacht werden sollte, müsste der Wille des Klägers entscheiden; soweit ein an sich unzuständiges forum ausschliesslich zuständig gemacht werden sollte, müsste der Wille beider Teile in Wirkung treten. Die Processordnung unterscheidet nicht in dieser Weise. Sie verlangt in allen Fällen eine Willensäusserung von beiden Seiten, eine Vereinbarung, und ist daher zu untersuchen, wie sich dieser ihr Standpunct erklärt.

Wir stellen uns zunächst auf diesen Standpunct und fragen:

1) Wenn die Streitsteile vereinbaren, dass das Gericht facultativ zuständig sein solle,

2) Wenn die Parteien ausschliessliche Zuständigkeit vereinbaren,

was in einer solchen Vereinbarung enthalten sei?

Was den Fall sub 1) anlangt, so ist klar, dass ein Interesse an einem solchen Vertrag zunächst der Kläger haben wird. Er wünscht die Möglichkeit zu gewinnen, auch hier über den Beklagten Recht bekommen zu können.

Im 2. Falle wird der Beklagte sich bemühen, den betreffenden Vertrag zu Stande zu bringen. Sein Interesse geht dahin, entweder nur bei einem der schon an sich für ihn zuständigen Gerichte, oder nur bei einem für ihn an sich unzuständigen Gerichte Recht geben zu müssen.

Wir haben nun im Vorausgehenden angenommen, dass der beiderseitige Wille sich bei der Prorogation dahin äussern müsse, dass das unzuständige Gericht zuständig resp. ausschliesslich zuständig sein solle. Dieser Wille muss sich aber auch in einer Leistung bekunden, wenn ein Vertrag vorliegen soll. Was ist nun diese Leistung? Wir haben gelegentlich schon oben gesehen, dass sie die freiwillige Unterwerfung der Parteien sein muss.

Im Falle 1) muss sich also Kläger vom Beklagten die freiwillige Unterwerfung unter das unzuständige Gericht versprechen lassen. Er selbst braucht diese nicht zu versprechen. Er will ja nur die facultas erlangen, auch hier klagen zu können.

Bei der Lage des Falles 2) müsste sich nun der Beklagte seinerseits freiwillige Unterwerfung des Klägers ausbedingen. Allein diese Unterwerfung des Klägers kann doch nichts anderes sagen wollen als Klagestellung. Der Kläger soll eventuell nur bei dem an sich unzuständigen, durch Prorogation zuständig werdenden Gerichte klagen.

Der Beklagte verspricht also, er wolle die Unzuständigkeit nicht geltend machen; der Kläger, er wolle die Zuständigkeit nicht geltend machen. Mit diesem Versprechen tritt im ersten Falle die Zuständigkeit, im zweiten die Unzuständigkeit ein.

Nun ist allerdings richtig, dass der Gesetzgeber diese Wirkungen auch an eine einseitige Willenserklärung der Partei, die verspricht, hätte knüpfen können. Er hätte sagen können: Die einseitige Erklärung des Beklagten, er wolle, dass das an sich unzuständige Gericht zuständig werde, wirkt die Zuständigkeit. Ferner: Die einseitige Erklärung des Gläubigers, die zu dieser Erklärung des Beklagten hinzutritt: »Ich will, dass nur dieses vom Beklagten zuständig gemachte resp. schon an sich zuständige Gericht zuständig sei«, benimmt den übrigen Gerichten die Zuständigkeit.

Das Gesetz hätte sagen können: Der einseitig erklärte Verzicht auf die Unzuständigkeit wirkt Zuständigkeit; der einseitig erklärte Verzicht auf die Zuständigkeit wirkt Unzuständigkeit.

Das ist nun allerdings nicht geschehen. Ähnlich wie das Schenkungsversprechen des Civilrechts ein Vertrag und kein einseitiges Rechtsgeschäft ist, soll es auch hier sein. Im Sinne der Civilprocessordnung formulirt lauten unsere Sätze:*)

I. Der Verzichtsvertrag auf die Unzuständigkeit wirkt Zuständigkeit. »Das Gericht wird durch Vereinbarung der Parteien zuständig.«

II. Der Verzichtsvertrag auf die Zuständigkeit wirkt Unzuständigkeit, schliesst die übrigen Gerichtsstände aus.

Daraus folgt, dass es sich bei der Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte nach der Civilprocessordnung nicht mehr blos um Aufstellung eines neuen forum handelt, sondern ebenso um die Beseitigung schon bestehender fora: — ein neuer Grund, aus dem sich die Sonderstellung der Prorogationslehre in der C.-P.-O. rechtfertigt.

So ist also an der Idee, dass der Wille des Beklagten die Zuständigkeit wirke, nichts verloren. Die Vertragsform, in der dieser Wille erscheinen muss, ist nur eine Form, die aus Zweckmässigkeitsgründen zur Anwendung gelangt.**) Der Verzicht des Beklagten resp. Klägers auf die Defension mittels praescriptio fori, bezw. auf das formelle Klagerecht, die formelle actio soll durch Anerkennung des Gegners unzweifelhaft constatirt werden.

§ 37.

Der Zuständigkeitsvertrag selbst ist regelmässig nicht an eine Form gebunden. Es genügt die Willensübereinstimmung und eine beliebige Äusserung derselben.

Was die Willensübereinstimmung betrifft, so kann eine solche möglicherweise nur scheinbar gegeben sein. In dieser Richtung werden die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts über Irrtum, Betrug und Zwang zur Anwendung zu kommen haben. Als allgemeine Regel wird aufgestellt werden dürfen, dass im einzelnen Falle zu untersuchen ist, ob von einer Willensübereinstimmung gesprochen werden kann oder nicht. Überhaupt wird aus dem Schweigen

*) Glück, Commentar III S. 175 hatte noch als Grund, warum ein unzuständiges Gericht nicht durch blosse renuntiation auf das ordentliche Forum zuständig gemacht werden könne, den bezeichnet, dass die ordentlichen Gerichtsstände »zur Ordnung der Gerichte gehörten, welche nicht zum Besten einzelner Bürger, sondern zum gemeinen Besten des Staates festgesetzt ist.« Dieses öffentliche Interesse schliesst nun den Verzicht auf dem Gebiete der Zuständigkeit der Gerichte zufolge ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nicht mehr aus. Es liegt also in den Regeln über die Zuständigkeit die Normirung von dispositivem, nicht zwingendem Recht.

**) Vgl. z. B. Geyer, Gesch. und System der Rechtsphilosophie S. 149.

der Processordnung über die Frage, welche Umstände den Willen der Parteien elidiren, geschlossen werden dürfen, dass sie von der bisherigen Anschauung des gemeinen Rechts nicht abgehen will.

Die Willensäusserung anlangend, so kann sie nach dem Gesetze eine »ausdrückliche«, oder »stillschweigende« sein. Es kann also der Verzicht auf das Recht, von diesem Gerichte eine Entscheidung zu fordern, einerseits, auf das Recht, sich mittels Einrede gegen die Behandlung der Sache durch ein unzuständiges Gericht zu verteidigen, andrerseits, expressis verbis, mündlich oder schriftlich erklärt und acceptirt werden. Es kann aber auch aus concludenten Handlungen Erklärung und Annahme der Renuntiation erhellen.

Einen Ausnahmsfall, wo schriftliche Form erforderlich sein soll, erwähnt Planck, Lehrbuch S. 80[17]. Es ist dies die Vereinbarung eines Gerichtes, bei welchem die anlässlich eines schiedsrichterlichen Verfahrens sich ergebenden Streitigkeiten ausgetragen werden sollen nach § 871 der C.-P.-O.

Auch an eine Frist ist die Zuständigkeitsvereinbarung nach der C.-P.-O. nicht gebunden. Eine Frist, bis zu deren Ablauf die Prorogation zulässig ist, kann nur insofern in Betracht kommen, als dies das Wesen der prorogatio fori mit sich bringt. Es versteht sich, dass, wenn nachträglich, insbesondere nach § 39, die Zuständigkeit eingetreten ist, ein Prorogationsvertrag sinnlos wäre. Demnach kann die Vereinbarung über die Zuständigkeit des Gerichts erfolgen:

a) schon vor dem Beginne des Processes. In diesem Falle liegt der Thatbestand des gemeinrechtlichen pactum de prorogando vor. Wir haben an anderer Stelle dessen Entwicklung verfolgt und gesehen, dass zuletzt in der gemeinen Processrechtslehre seine Verbindlichkeit anerkannt wurde.

Die Processordnung legt ihm unzweifelhaft verbindliche Kraft bei, da der Thatbestand des § 38 auf dasselbe ebenfalls zutrifft. Es wird auch nicht mehr eine Subjectionshandlung gegenüber dem Richter selbst erfordert, um ihm verbindliche Kraft zuzuwenden. Vielmehr kann schon vor dem Processe die Zuständigkeit des Gerichts durch den Parteiwillen geschaffen werden. Es gelangt also die Ansicht zur Geltung, die z. B. seiner Zeit Hefftter aussprach, da er wenigstens bezüglich des forum privilegiatum »die freiwillig übereinstimmende Unterwerfung aller Parteien« schon in dem Verzicht auf dasselbe bei Eingehung einer Verbindlichkeit erblickte.

Es könnte nun aber zweifelhaft sein, ob dieses pactum prorogationis, das jetzt zur Prorogation selbst geworden ist, eine Processhandlung genannt werden darf, da es sich ja begriffsmässig ausserhalb des Processes vollzieht. Indessen »a potiori fit denominatio«. Es gibt ja noch andere Handlungen, die schon vor der Klageerhebung stattfinden, aber doch um im späteren Streite benützt zu werden, und die eben darum Processhandlungen sind, z. B. Zeugenvernehmungen in perpetuam rei memoriam, Anträge an das Gericht auf Ansetzung des Termins zur Hauptverhandlung, auf Abkürzung der Einlassungsfrist und dgl. Der materielle Grund, warum auch diese Handlungen Processhandlungen sind, dürfte der angegebene sein, dass sie zum Zwecke der Benützung im Processe jetzt schon vorgenommen werden; der formelle Grund ist die Normirung und Ausgestaltung dieser Handlungen in der Processordnung. Dadurch werden sie vom Gesetzgeber als Processhandlungen anerkannt.

Man wird also sagen dürfen: Weil der Gesetzgeber eine Handlung zum Bestandteil des von ihm normirten idealen Verfahrens gemacht hat, weil er ihre Voraussetzungen in formeller und materieller Beziehung festgesetzt, ihr eine Wirkung beigelegt hat, die dazu dient, den Process zu fördern dadurch, dass sie der einen Partei ein Recht gewährt, der andern eine Pflicht auferlegt, Grund und Motiv für das Handeln des Richters wird, — liegt eine Processhandlung vor.

Dieser Prorogationsvertrag, welcher schon vor Processbeginn geschlossen wird, kann aber auch stillschweigend eingegangen werden. Es kann, ohne dass ausdrücklich gesagt wird, »dies oder jenes Gericht soll zuständig sein«, bei Abschluss einer über die Zuständigkeit des Gerichts hinausgreifenden Beredung, eine Bestimmung getroffen sein, aus welcher der Wille der Parteien, zu prorogiren gefolgert werden muss.

b) Auch im Laufe des Processes erst kann es zur Prorogation kommen, und zwar kann diese ebenfalls ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Unter denjenigen Handlungen, welche erst nach Processbeginn erfolgen und den Prorogationswillen der Parteien documentiren, befinden sich auch Processhandlungen. Unter ihnen wiederum nimmt die vorbehaltlose Litiscontestation einen hervorragenden Rang ein. Sie ist in § 39 ausdrücklich als concludent für den Erstreckungswillen der Parteien anerkannt und die Motive sprechen mit aller Schärfe aus, dass es sich um Normirung eines »besonderen Falles stillschweigender Vereinbarung« handle. Aber man wird doch nicht behaupten dürfen, dass sie die einzige Processhandlung sei, die auf Prorogationswillen hindeute. Einerseits liegt ihr selbst nicht immer der Wille der Parteien zu Grunde, das Gericht zuständig werden zu lassen; andrerseits kann sich dieser Wille denkbarer Weise auch schon vor der Litiscontestation durch eine Processhandlung äussern. Es hätte beispielsweise der Richter in Anwendung des § 465 II vor der Einlassung den Beklagten auf die Unzuständigkeit aufmerksam gemacht. Der Beklagte erwidert, er wisse das, bitte indessen, zur Untersuchung der von ihm vorgebrachten sonstigen processhindernden Einreden überzugehen.

Erfolgt eine litiscontestatio pura, wo nach den Umständen erhellt, dass dem Beklagten die Unzuständigkeit bekannt sein muss, so tritt die Zuständigkeit schon auf Grund des § 38 ein, eben weil möglicherweise in der vorbehaltlosen Einlassung eine unzweifelhafte Äusserung des Subjectionswillens enthalten ist.

II. Annahme der Vereinbarung.

§ 38.

Wir gehen nunmehr daran, denjenigen Fall zu betrachten, bezüglich dessen der Gesetzgeber, wie es scheint, casuistisch hervorhebt, dass bei seinem Gegebensein stillschweigende Vereinbarung vorliegt, den Fall des § 39. Sowohl der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, wie die Bemerkung der Motive zum Entwurf der Civilprocessordnung §§ 38—40:

»In § 39 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben«, könnte zu der Ansicht führen, dass der § 39 wirklich für einen speciellen Fall exemplificirend das vorschreibe, was § 38 für das genus statuirt. Liest man die §§ 38 und 39 der Processordnung im Zusammenhang, so fühlt man sich gleichfalls unwillkürlich veranlasst, im § 39 ein »z. B.« einzuschalten.

Allein gegen eine solche Auffassung des § 39 spricht einmal der Wortlaut desselben. Ein »z. B.« fehlt eben und darf nicht willkürlich eingeschaltet werden. Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass es nicht üblich ist, einzelne Fälle im Gesetze speciell hervorzuheben, wenn für dieselben nicht auch eine specielle Bestimmung getroffen werden soll. Mit anderen Worten: Die neuere Gesetzgebung ist davon abgekommen, die casuistische Methode des vorigen Jahrhunderts zu befolgen.*) Gegen die oben erwähnte Auffassung spricht endlich ein dritter Grund, der ebenfalls der Betrachtung des Wortlautes der Bestimmung in § 39 im Zusammenhalte mit der sonst üblichen Sprachweise der R.-C.-P.-O. entnommen wird. Es muss angenommen werden, dass der Gesetzgeber, um seinen Willen auszudrücken, eine unzweideutige, stricte die Absicht zum Ausdruck bringende Redeweise wählt. Daraus folgt, dass wenn ein bestimmter Ausdruck gebraucht ist, derselbe nicht ohne zwingenden Grund durch einen andern angeblich gleichwertigen ersetzt werden darf, wenn man darauf ausgeht, den gesetzgeberischen Willen zu erforschen. Nun heisst es in § 39: »ist anzunehmen«, also kein Wort mehr und keines weniger und kein anderes Wort. — Es kann aber der Ausdruck »ist anzunehmen« von zwei Dingen nur eines sagen wollen: Entweder ist er eine Abkürzung für »es ist möglich anzunehmen« oder er ist die Form eines Befehls. Wollte man das erstere annehmen, so hätte man wieder nichts anderes als eine Casuistik des Gesetzes. Die Bestimmung liesse sich dann nur so erklären, dass der Gesetzgeber annimmt, es sei doch zweifelhaft, ob in dem Thatbestande des § 39 Vereinbarung enthalten sei, dass er aber wünscht, die Ansicht, es liege Vereinbarung darinnen enthalten, möge zum Durchbruch kommen. Wäre das so, so käme das wieder auf einen Befehl an den Richter hinaus, weil dem ein Schluss, den er sonst selbst zu machen befugt ist, gesetzlich supponirt wird. Es könnte dann nicht mehr daran gedacht werden, dass der Richter nun noch freie Hand hätte, Vereinbarung anzunehmen oder nicht. Denn in diesem Falle würde § 39 vollständig überflüssig sein. Der Richter würde sich sagen müssen: »Entweder ich nehme Vereinbarung an, dann bin ich im Einklang mit dem Gesetze, oder ich folge meiner abweichenden Meinung trotz der gesetzlichen Behauptung, dann ignorire ich das Gesetz«. Es wird also nichts erübrigen als die Annahme, dass die Bestimmung des § 39 in der That einen Befehl enthält. Das ist denn auch ganz gut verständlich. Es ist klar, dass das Gesetz zur Anwendung bestimmt ist; anzuwenden aber ist eine Processordnung von dem, der das Verfahren durchführen soll, also vom Gerichte. § 39 wendet sich also zunächst sicherlich an den Richter, wenn auch diejenigen, welche die richterliche Thätigkeit veranlassen, die Vorschrift an den Richter ebenfalls im Auge behalten müssen. Der Richter aber muss wissen, wie er verfahren soll und selbst angenommen, der Gesetzgeber spräche in § 39 eine blosse Ansicht aus, müsste der Richter diese als Norm für seine Thätigkeit betrachten.

Zu fragen wäre sofort: Bei welcher Gelegenheit muss denn der Richter diesen Befehl des Gesetzgebers vollziehen? Die Antwort wird dahin lauten müssen, dass, sobald der That-

*) Ich bin sogar der Meinung, dass § 94 II der C.-O. unmöglich bloss sagen kann, aus der Zahlungseinstellung könne Zahlungsunfähigkeit gefolgert werden. Der Wortlaut nötigt entschieden dazu, den § so aufzufassen: »Auch wenn keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, muss sie doch, wo Zahlungseinstellung gegeben ist, angenommen werden.« Anders Bülow, Arch. Bd. 62 S. 31.

bestand des § 39 gegeben ist, der Richter diese Annahme zu bethätigen hat. Da aber, wie das Sprüchwort sagt »Gedanken zollfrei sind«, so ist klar, dass der Gesetzgeber ein Weiteres verlangt als einen blossen Gedanken und dieses Weitere ist sicher das, dass der Richter nunmehr das Verfahren so fortleiten und zu Ende führen soll, wie er es thun müsste, wenn er auf anderem Wege zu dieser Annahme gelangt wäre. Darauf also ist es bei dieser officiellen Annahme abgesehen, dass sie Grundlage der richterlichen Thätigkeit werden soll. Wenngleich der Zeitpunct, wo die Annahme zu machen ist, vorzugsweise der sein wird, wo sich der Richter Rechenschaft zu geben hat, ob die formellen Voraussetzungen der Anerkennung seiner Thätigkeit durch das Gesetz gegeben seien, also der Zeitpunct der Urteilsfällung, so ist doch keineswegs ausgeschlossen, dass diese Annahme, sobald überhaupt der ihr zu Grunde liegende Thatbestand vorliegt, für den Richter von Wert sein kann. Es trifft dies besonders in den Fällen zu, wo die Prorogation nach § 40 gänzlich ausgeschlossen ist. Hier wird nemlich der Richter, sobald er die Unzuständigkeit entdeckt, die Fortsetzung des Verfahrens verweigern, weil er weiss, dass jene Annahme von vorneherein ausgeschlossen ist. In den Fällen aber, wo § 40 nicht zutrifft, erfährt das Gericht in einem unter gewöhnlichen Verhältnissen ziemlich frühen Zeitpunct, dass die Gefahr, seine Thätigkeit in Verfahren und Urteil werde später doch umgeworfen werden, beseitigt ist. Gerade das ist beabsichtigt, dass ein schon weit fortgeschrittenes Verfahren nachträglich nicht vergeblich werden soll.

§ 39.

Dass der Gesetzgeber will, dass im Falle des § 39 stillschweigende Vereinbarung angenommen werde, haben wir eben gesehen. Es erübrigt, zu untersuchen, was denn der Grund dieses gesetzgeberischen Befehls sei. Ist es ja doch unter den gewöhnlichen Voraussetzungen nicht Sache des Gesetzes, sondern des Richters, aus dem Verhalten der Streitsteile Folgerungen zu ziehen. Es ist bereits vorgekommen, dass sich dieser scheinbare Eingriff in das Gebiet der richterlichen Thätigkeit damit erklärt, dass mit der Anordnung der Annahme des § 39 eine Norm für jene Thätigkeit selbst gegeben ist. Denn indem das Gesetz dem Richter befiehlt, die Sachlage in einer bestimmten Weise aufzufassen, beabsichtigt es, eine dieser Auffassung entsprechende Handlungsweise des Gerichts zu provociren.

Man könnte indessen einwenden, dass zweierlei denkbar sei: Entweder nötigt der Thatbestand des § 39 selbst zur Annahme einer Vereinbarung, dann ist § 39 überflüssig; oder es ist dies nicht der Fall, dann befiehlt der Gesetzgeber etwas Widersinniges. Denn mag der Gesetzgeber auch einen bestimmten Zweck mit seinem Gebote befolgen, immer bedient er sich in demselben eines unerlaubten Mittels, weil er die Gesetze des Denkens und der Vernunft dadurch verletzt, dass er aus Thatsachen einen Schluss zu ziehen befiehlt, der logisch nicht gezogen werden kann. Allein davon kann nicht die Rede sein, dass man dem Gesetzgeber so von vornherein eine unrichtige Folgerung oder das Gebot an seine Gerichte zu einer solchen unterstellen dürfte. Es muss also der § 39 anders verstanden werden. Wie er aufgefasst werden muss, ergibt sich eben, wenn man erwägt, dass es dem Gesetzgeber nicht sowohl um eine Annahme seitens des Richters, als um ein Handeln desselben zu thun sein kann. Er schreibt die Annahme nur vor, um eine Directive zum Handeln zu geben. Die Bestimmung ist dahin aufzufassen: »Obwohl aus dem Thatbestande des § 39 stillschweigende Vereinbarung nicht notwendig gefolgert werden muss, schreibe ich doch vor, dass sie angenommen werde, wenn dieser Thatbestand gegeben ist.« Nimmt man diese Interpretation als richtig an, so

wird es keiner Schwierigkeit begegnen, auch die Folge der vorgeschriebenen Annahme und damit den Zweck des Gesetzes, der mit der Bestimmung in § 39 verfolgt wird, aufzufinden. Nach § 39 wird dem Richter nur eine Thatsache, nämlich die der Vereinbarung, anzunehmen befohlen. Was er aus dieser Thatsache folgern soll — und die Folgerung aus dieser Thatsache ist eben das, was der Gesetzgeber erreichen will —, wird nicht vorgeschrieben. Man könnte nur versucht sein, zu argumentiren: Wenn Vereinbarung Zuständigkeit wirken soll und mir anbefohlen wird, Vereinbarung anzunehmen, so ist mir damit zugleich ipso facto anbefohlen, meine Zuständigkeit anzunehmen. Gegen diese Folgerung kommt vor allem zu erinnern, dass sie jedenfalls nur da zutrifft, wo Vereinbarung die Zuständigkeit begründen kann (also nicht in den Fällen des § 40; hierüber später!).

Aber auch abgesehen hievon liegt dem Schlusse nur eine ungenaue Sprechweise zu Grunde. Wenn nur vorgeschrieben ist die Annahme der Vereinbarung, so ist damit schon ausgedrückt, dass mehr nicht vorgeschrieben ist, also auch die Annahme der Zuständigkeit nicht. Der Schluss, dass aus Vereinbarung Zuständigkeit zu folgern sei, ist nicht vorgeschrieben, den muss der Richter vielmehr selbst machen.

Auch in § 38 ist ihm dieser Schluss nicht vorgeschrieben. Das wird, wie ich meine, klar, wenn wir im Folgenden untersuchen, was unter dieser »Annahme« sich verbirgt. In § 38 ist nämlich an eine Thatsache die Zuständigkeit, nicht eine Annahme derselben geknüpft. Annahme der Zuständigkeit würde, wie aus dem Folgenden sich klar stellen wird, nemlich bedeuten, dass eine wirkliche Zuständigkeit nicht vorhanden wäre, aber eine solche »angenommen« wird. Es gibt also nach § 39 keine competentia ficta, sondern nur einen consensus fictus. Es hätte auch kaum einen Sinn, wenn das Gesetz den Richter anweisen würde, seine Zuständigkeit anzunehmen. Ist ja doch die Competenzbestimmung nichts als eine Anweisung an das Gericht, sich für zuständig, ermächtigt zu halten.

Nunmehr ist des weitern zu untersuchen, ob der in § 39 enthaltene Thatbestand für eine Zuständigkeitsannahme geeignet ist. Wir werden aber sagen müssen, dass daraus, dass »der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt« noch nicht geschlossen werden kann, dass er einstimme, dass das Gericht zuständig sei, oder wie wir früher gesagt haben, dass er auf die Unzuständigkeitsrüge freiwillig verzichte. Denn, wie Bülow*) ausführt, lässt sich aus der blossen Unterlassung des Gebrauchs der praescriptio fori vor der Einlassung nicht ersehen, ob dieser Nichtgebrauch ein absichtlicher war. Es ist möglich, »dass der Beklagte gar nicht an die Competenzfrage denkt und also gar nicht in der Lage ist, in dieser Richtung etwas zu wollen«. Weiter kann ein durch Irrtum veranlasster Wille, der vom Rechte dem Willensmangel gleich gestellt wird, vorliegen. Der Beklagte glaubt irrtümlich, das Gericht sei gesetzlich competent. Hieraus ergibt sich, dass aus dem Thatbestande des § 39 allein die Annahme der »stillschweigenden Vereinbarung« nicht gerechtfertigt wäre. Zu einer praesumtio hominis eignet sich demnach dieser Thatbestand nicht. Weil aber der Gesetzgeber dennoch mit dem Gegebensein dieses Thatbestandes die Zuständigkeit eintreten lassen will, schreibt er die praesumtio iuris des § 39 vor. Es ist ja möglich, dass unter Umständen die Parteien stillschweigend eins sind, dass das Gericht zuständig sei. Wenn sie nun ohne Rüge der Incompetenz zur Hauptsache verhandeln, so bringen sie allerdings damit ihren Willen nicht zum Ausdrucke, aber die vorbehaltlose Einlassung ist die Folge der stillschweigenden Vereinbarung. Dieser mögliche Zusammenhang

*) Im Archiv Bd. 62, S. 31 ff.

zwischen Parteiwille und vorbehaltsloser Einlassung hat schon die italienischen Juristen zu einer Bezeichnung dieses Thatbestandes als prorogatio tacita geführt und auch die Reichs-Civil-Process-Ordnung fühlt sich bemüssigt, in § 39 die Annahme »stillschweigender Vereinbarung« vorzuschreiben, obwohl zur Erzielung des gewünschten Erfolgs die Vorschrift »Vereinbarung« anzunehmen genügt hätte.

Was nun die weiter auftauchende Frage betrifft, ob die praesumtio iuris des § 39 einen Gegenbeweis gestatte oder nicht, so wird vorbehaltlich dessen, was später zu § 247 bemerkt werden soll, gesagt werden müssen, dass dies nicht der Fall sei. Der Satz des § 39 lautet absolut: Für alle Fälle, wo der Thatbestand des § 39 vorliegt, soll stillschweigende Vereinbarung angenommen werden: Also auch dann, wenn der Beklagte die Frage der Zuständigkeit gar nicht in Erwägung gezogen hat, ebenso wie wenn festgestellt wäre, dass die vorbehaltslose Einlassung wirklich aus einer stillschweigenden Vereinbarung stammt; auch dann, wenn festgestellt ist, dass der Beklagte durch Irrtum zu seinem Verhalten veranlasst ist. So wenigstens nach §§ 38—40. Der Gesetzgeber hätte ausdrücklich sagen müssen, dass in gewissen Fällen die Annahme nicht gemacht werden solle, wenn er für die eben geschilderten Constellationen eine andere Behandlung gewünscht hätte. Es wäre leicht gewesen, die Worte »Gegenbeweis vorbehalten«*) beizusetzen und ist auch z. B. im Handelsgesetzbuch Art. 7^{II}, 56^{II}, 96^{II}, 296, 424^{II}, Actien-Novelle von 1884 Art. 184^{b}, Civil-Process-Ordnung § 150 der Gegenbeweis in verschiedenen Formen zugelassen, teils beschränkt (§ 150 C.-P.-O.) [praesumtio iuris violenta oder qualificata], teils unbeschränkt. Hier haben wir es also mit einer sogenannten praesumtio iuris et de iure zu thun, oder, was dasselbe ist, mit einer Fiction der stillschweigenden Vereinbarung.**) Sollte nemlich zu dem Thatbestande des § 39 auch eine stillschweigende Vereinbarung ausserdem vorliegen, so würde die Zuständigkeit doch in Folge der Fiction des § 39, nicht zufolge der Vereinbarung des § 38 eintreten.

§ 40.

Nach dem Vorausgehenden gestaltet sich also das Verhältnis der §§ 38 und 39 der Civil-Processordnung folgendermassen:

Nach § 38 wird die Zuständigkeit des Gerichts von der Vornahme einer Processhandlung durch die Parteien abhängig gemacht, die deren übereinstimmenden Willen, dass das Gericht zuständig sein soll, bekundet. Diese Processhandlung ist der ausdrückliche oder stillschweigende vertragsmässige Verzicht des Beklagten auf die Einrede der Unzuständigkeit.

Berücksichtigt man nebenher noch die Bemerkung der Motive, dass die »umfassenden Bestimmungen des § 38 auch der Vereinbarung nicht entgegenstehen, dass der prorogirte Gerichtsstand ein ausschliesslicher sein soll«, so approbirt § 38 den weiteren Vertrag, dass Kläger auf seine actio formellen Sinnes verzichten soll, dadurch, dass damit ausschliessliche Zuständigkeit des einen Gerichts hergestellt, die Competenz der übrigen also vernichtet wird.

Wie nun aber infolge eines solchen Vertrags der Kläger bei dem betreffenden Gerichte festgehalten wird, so geschieht dies auch ohne einen solchen Vertrag mit dem Eintritte eines

---

*) Vgl. C. c. Art. 1352^{II}. Dort ist der Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen, dass gesetzliche Vermutungen gewisser Art den Gegenbeweis ausschliessen, wenn er nicht ausdrücklich vorbehalten ist.

**) Vgl. Planck, Lehrbuch, S. 80^{17}. Dagegen hält Hellmann, Lehrbuch S. 126 die Fälle auseinander, wo die vorbehaltlose Einlassung auf Grund wirklicher stillschweigender Vereinbarung erfolgt und jene Fälle, wo letztere wirklich fingirt wird.

gewissen Processstadiums. Wenn nemlich der Kläger den Beklagten zur Hauptsache verhandeln lässt, dann kann er ohne dessen Einwilligung gemäss § 243 die Klage nicht mehr zurücknehmen. Folglich erlischt die Zuständigkeit der sonst für diesen Process noch zuständigen Gerichte.

Ganz in der gleichen Weise liegt die Sache nun auch auf Seiten des Beklagten. Wie er vertragsmässig auf die Unzuständigkeitseinrede verzichten und dadurch die Zuständigkeit des Gerichts begründen kann, so muss er in einem gewissen Stadium des Processes, wenn er dieses eintreten lässt, auf sie verzichten. Wenngleich, wie wir gesehen haben, in § 39 die Zuständigkeit des Gerichts ohne stillschweigende Vereinbarung, ja überhaupt ohne Vereinbarung eintritt, — so dass also scheinbar an einen der Vereinbarung gar nicht verwandten Thatbestand die gleiche Wirkung, wie an jene geknüpft wird —, so dürfte es doch ein Band geben, welches diese beiden scheinbar heterogenen Elemente der Prorogation verknüpft. Nach Obigem hätten wir das Gemeinsame der Thatbestände in §§ 38 und 39 in dem Verluste der Unzuständigkeitseinrede zu erblicken. Darauf deutet schon die Erwähnung der unterlassenen Unzuständigkeitsrüge in § 39 hin; aber auch bei Gelegenheit der Beratung des Entwurfs einer deutschen Processordnung ergab sich Veranlassung, die nahe Verwandtschaft des § 39 mit den Bestimmungen über den Verlust der Unzuständigkeitseinrede hervorzuheben.*) Es geschah dies in der sogenannten hannover'schen Commission zur Beratung einer allgemeinen Process-Ordnung für die deutschen Bundesstaaten. Damals wurde zu § 32^{II} folgender Antrag gestellt: »es wolle schon hier auf die später über das Vorbringen der verzögerlichen Einreden zu erlassenden Vorschriften verwiesen werden.«**)

§ 41.

Es muss demnach nunmehr an die Aufgabe herangetreten werden, das Verhältnis der §§ 39 und 247 der Civil-Process-Qrdnung zur Darstellung zu bringen. Hiebei wird zuerst von den Ausnahmsfällen des § 40, sowie von der in § 247^{III} statuirten Restitutionsmöglichkeit abgesehen. Als Ausgangspunct unserer Darstellung wählen wir den § 247. Nach Absatz II Ziff. 1 dieses § ist die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts eine processhindernde Einrede, auf welche somit die Norm des Absatzes I desselben § zutrifft, dass sie vor Landgericht

1) mit anderen processhindernden Einreden gleichzeitig***) und

2) vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht werden muss.

Die Folge einer Übertretung des 1. Gebots ist direct nicht ausgesprochen, ergibt sich aber aus Abs. I mit III des § 247. Hienach werden die nicht gleichzeitigen, d. h. die späteren Rügen ausgeschlossen.†) Wird also vorerst eine andere processhindernde Einrede vorgebracht, so ist die Incompetenzrüge präcludirt. Wird sie vorausgestellt, so werden die etwa sonst zuständigen Einreden nicht mehr zugelassen.

---

*) Vgl. von Amsberg, prorogatio fori und contumacia Arch. Bd. 65 S. 59 ff.

**) Es wurde in den hannover'schen Entwurf I. Lesung als $§ 28^{II}$ die Bestimmung eingestellt: Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn die Unzuständigkeit von dem bei der mündlichen Verhandlung erschienenen Beklagten nicht rechtzeitig nach Vorschrift der §§ 244, 449 geltend gemacht wird.

***) Das Princip »der Concentration der Rechtsbehelfe«, »Eventualmaxime«.

†) Abs. I statuirt das stricte Gebot, dass sie gleichzeitig vorgebracht werden müssen. Was zu subintellegiren ist, wenn sie nicht gleichzeitig vorgebracht werden, sagt Abs. III, indem er die Negative hervorhebt, dass sie später nicht mehr vorgebracht werden können. Vgl. Struckmann-Koch, die Civilprocessordnung zu § 247 Z. 2, Abs. II S. 259.

Vor Amtsgericht findet diese Bestimmung zufolge § 465^{I} keine Anwendung.

Dagegen muss vor dem Land- und Amtsgericht die Incompetenzrüge vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht werden. §§ 247^{I} und 465^{I}.

Gemäss § 247^{III} kann sie nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache nicht mehr geltend gemacht werden. Diesem aus § 247^{III} gewonnenen Satze stellen wir nun die Bestimmung des § 39 gegenüber. »Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.« In diesem letzteren Satz kann man nun die Bestimmung des ersteren dadurch zum Ausdruck bringen, dass man ihn folgendermassen umgestaltet: »Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede nicht vorgebracht hat.« Daraus ergibt sich dann ganz klar, was das competenzbegründende Moment des § 39 ist. Nichts anderes, als der Nichtgebrauch der Unzuständigkeitseinrede. Dieses Moment kommt allerdings in der Fassung des § 39 nicht zum gebührenden Ausdruck. »Die Verhandlung zur Hauptsache«, welche dort so sehr betont wird, bezeichnet nur den Zeitpunct, in welchem man klar ersehen kann, ob die Einrede gebraucht wurde oder nicht. Während also ursprünglich der infolge Vertrages erklärte Wille des Beklagten die Zuständigkeit wirkte, infolge dessen die Incompetenzeinrede nicht mehr möglich war, ist jetzt das von Bülow so genannte »Abwehrprincip« herrschend. Eine Unterlassung wirkt jetzt, was früher eine Handlung wirkte. Ehedem wirkte eine Handlung die Competenz, setzte damit einen Zeitpunct fest, nach welchem die Einrede nicht mehr vorgeschützt werden konnte. Diese Frist für die Incompetenzeinrede schuf man aus Zweckmässigkeitsgründen zu einer allgemeinen Befristung derselben um. Sie sollte überhaupt nurmehr innerhalb einer gewissen Frist zulässig sein, auch da, wo eine Vereinbarung die Competenz nicht begründete. Ferner sollte jetzt der unbenutzte Ablauf der Frist die Zuständigkeit zur Folge haben, während diese früher die Frist beschlossen und geschaffen hatte, innerhalb der die Einrede gebraucht werden konnte.

Die Bestimmungen des positiven Rechts anlangend, ist aber noch zu untersuchen, welche Bedeutung für den Aufbau der ganzen Lehre von der Zuständigkeit infolge Prorogation einerseits § 39, andererseits § 247 hat. Bülow*) legt dem § 39 eine ergänzende Bedeutung dem § 247 gegenüber bei. So wird man auch das Verhältnis der beiden §§ zu einander bezeichnen dürfen. Es wird nicht blos gesagt werden dürfen, dass § 39 eine andere Fassung des schon aus § 247 sich ergebenden Resultates sei. Vielmehr handelt § 247 nur davon, dass zu einer gewissen Zeit der Beklagte keinen Einwand mehr aus der Unzuständigkeit des Gerichts entnehmen kann. Hieraus, glaube ich, dürfte aber noch nicht gefolgert werden können, dass auch der Richter nunmehr die Unzuständigkeit nicht mehr berücksichtigen dürfte. Der Richter dürfte wohl immer noch in der Lage sein, zu sagen: »Wenn auch der Beklagte keinen Einwand mehr hat, so will doch ich nicht weiter gehen; eine Vereinbarung, die mich zuständig machen würde, liegt nicht vor; ich bin also unzuständig und weise die Parteien zurück.« Dagegen befiehlt nun § 39 dem Richter, seine Zuständigkeit anzunehmen, so dass diesem das ihm nach gemeinem Rechte zugestandene Ablehnungsrecht ausdrücklich entzogen wird.

Bülow**) fasst die zu ergänzende Function des § 39 allerdings anders auf. Er findet sie darin, dass § 39 wegen seiner Verbindung mit § 40 den Richter anweist, in Fällen, wo es sich um nicht vermögensrechtliche Ansprüche handelt, »die Versäumung der Incompetenzeinrede

*) Civilprocessuale Fictionen und Wahrheiten. Archiv Bd. 62.

**) a. a. O.

ebensowenig als Competenzgrund gelten zu lassen, wie den wirklich vollzogenen Prorogationsvertrag.«

Anders ausgedrückt: er findet die Bedeutung des § 39 darin, dass mit seiner Hilfe ersichtlich wird, wann die Incompetenzeinrede unverzichtbar ist.*) Wichtiger scheint mir immerhin die ausdrückliche Competenzverleihung in § 39. Sie war mit dem Thatbestande des § 39 auch schon im gemeinen Rechte verknüpft und da in diesem Puncte keine Abänderung beabsichtigt war, musste sie auch in der Reichs-Civil-Process-Ordnung positiven Ausdruck erhalten.

Die weitere Bedeutung des § 39 im Bezug auf § 247, die von Bülow a. a. O. noch hervorgehoben wird, die »beschränkende Wirkung« des § 39 oder die Begrenzung, die § 247 Abs. III durch § 39 erfahren soll, wird nicht anerkannt werden dürfen. Es will nämlich behauptet werden, dass bezüglich der präcludirten Incompetenzeinrede die restitutio in integrum, die $\S\ 247^{III}$ anderen präcludirten processhindernden Einreden gegenüber gewährt, ausgeschlossen sei wegen der Fiction des § 39. Allein gegen die Annahme einer solchen Sonderstellung der praescriptio fori spricht entschieden die generelle Fassung des $\S\ 247^{III}$, und wenn Bülow den Mangel eines Vorbehalts in § 39 für seine Ansicht in's Feld führt, wird doch zuzugeben sein, dass dieser Vorbehalt auch in anderem Zusammenhange noch nachgeholt werden konnte, wie wirklich in $\S\ 247^{III}$ geschah. Dass aber die Stellung des Präjudices einer Fiction an sich kein Hindernis der eventuellen Restitution bildet, darüber s. Planck, Lehrbuch S. 92^{25} a. E.

An dieser Stelle mag nun des principiellen Gegensatzes gedacht werden, der auf dem Gebiete der Prorogationslehre in neuester Zeit zu Tage getreten ist, des Gegensatzes zwischen den Anhängern des sogen. Vereinbarungs- und den Verteidigern des Präclusionsprincips. Die Meinungen sind vorzugsweise nur gegenüber dem § 39 auseinandergesetzt worden. Wenn der Verfasser das punctum litis richtig aufgefasst hat, so geht der Streit dahin, ob die Prorogation durch den Vertrag der Parteien, oder durch den Ausschluss der Einrede auf Seiten des Beklagten bewirkt werde. Ersteres wird von den Verteidigern des Vereinbarungsprincips behauptet. Plausibel ist das gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes in §§ 38 und 39. Gegenüber dem § 39 behauptet man dann, auch hier sei eine Vereinbarung, wenn auch nur eine fingirte,**) das die Zuständigkeit wirkende Moment. Es ist nun klar, dass vom Standpuncte des Gesetzes aus betrachtet, diese Behauptung vollkommen zutrifft. Der Gesetzgeber hat den Thatbestand des § 39 absichtlich in die Form einer stillschweigenden Vereinbarung gekleidet, um ein Princip der prorogatio fori zu statuiren. Wenn also die Anhänger des Vereinbarungsprincips sagen, dass »nach dem Gesetze« in allen Fällen eine Vereinbarung der Parteien die Zuständigkeit wirke, so ist ihnen, wie ich glaube, vollständig beizustimmen. Wenn sie nun aber diesen Standpunct des Gesetzes anlehnend an die dogmatische Fiction der prorogatio tacita (um mich des Ausdruckes von Bülow zu bedienen) in der Wissenschaft verwerten wollen, begegnen sie, wie leicht zu bemerken ist, Schwierigkeiten. Es ist unmöglich, in der Wissenschaft mit Fictionen zu operiren und zu construiren. Bülow***) hat das Verhältnis der Fiction zur wissenschaftlichen Forschung mit deutlichen Worten gezeichnet, wenn er sagt, sie sei ein ungelöstes Problem, das man also nicht einfach hinnehmen und zum Aufbau der betreffenden

*) Vgl. Planck, Lehrbuch, S. 92^{25}.

**) So von Amsberg, prorogatio fori und contumacia im Archiv a. a. O. X. S. 95.

***) Bd. 62 des Archivs: »Aber nur der Gesetzgebung erspart die Fiction Mühe und Arbeit, nicht der wissenschaftlichen Forschung. Auf die letztere wirkt sie gerade in entgegengesetzter Weise. Für die Rechtswissenschaft enthält jede Fiction die deutliche Mahnung, die wahren Sach- und Rechtsverhältnisse, die durch den Schein der Wahrheit verdeckt werden, zu entdecken und zu begründen.«

Lehre verwenden darf, sondern das gelöst werden will. Damit, dass man sagt, in § 39 sei es eine »fingirte Vereinbarung«, die die Zuständigkeit wirke, sagt man der Rechtswissenschaft nur, dass es keine Vereinbarung sei. Man lässt dagegen die Frage, was denn dann die Competenz schaffe, unbeantwortet. Es kann nun unmöglich geleugnet werden, dass nach § 38 eine Vereinbarung der Parteien die Zuständigkeit schafft. Das muss auch vom Standpuncte des Präclusionsprincips anerkannt werden. Aber wenn wir im Folgenden finden, dass es in § 39 auch eine Competenz ohne Vereinbarung gibt, so muss der Grund der Competenz auch bei § 38 ein anderer als die Vereinbarung sein. Das einen Erfolg in letzter Linie herbeiführende Moment muss stets das gleiche sein, wenn auch dieses Moment selbst nicht immer denselben Grund zu haben braucht.

Um nun das den beiden Thatbeständen in § 38 und 39 gemeinsame Moment herauszufinden, ist es notwendig, zuerst diese beiden Thatbestände selbst klar zu bestimmen. Nach § 38 soll Vereinbarung, also übereinstimmende Willensäusserung der Parteien, die Zuständigkeit bewirken. Wir haben nun bereits früher gefunden, dass man »wollen« nur das kann, was man auch vollführen kann. Nun ist es den Parteien in jedem Falle unmöglich, die Zuständigkeit zu bewirken. Ihr Wille muss also auf etwas anderes gerichtet sein und der Inhalt desselben kann lediglich der sein, der Zuständigkeit ihrerseits kein Hindernis in den Weg zu legen. Ihr Wille hat also einen negativen Inhalt, sie verzichten auf die Rüge der Unzuständigkeit. Wenn nun in § 39 stillschweigende Vereinbarung, also stillschweigender Verzicht auf die Einrede fingirt wird, so wird gesagt, dass ein Verzicht angenommen wird, ohne Rücksicht darauf, ob er vorliegt oder nicht. Auf den Willen soll es also nicht ankommen. Da der Verzicht nun einerseits Ausdruck eines Willens ist, welcher Ausdruck in einer Unterlassung besteht, andrerseits in einem Falle der Wille nicht für wesentlich zur Prorogation erklärt wird, so bleibt als gemeinschaftliches Moment für die beiden Fälle des § 38 und des § 39 nur die Form übrig, in der sich der Wille ausdrücken kann, die Unterlassung. Diese ist also das Moment, an welche die Prorogation in allen Fällen geknüpft ist. Immerhin aber bleibt der Dualismus bestehen, dass in einem Falle (§ 38) die Unterlassung als Folge des Willens, als Verzicht anerkannt wird, im andren Falle (§ 39) ohne Rücksicht auf diesen.

Da nun aber die Rüge der Unzuständigkeit die Competenz hindert, so ist sie eine Befugnis, ein processuales Recht, auf das im Falle des § 38 verzichtet wird, während nach § 39 an den blossen Nichtgebrauch desselben die Zuständigkeit geknüpft und das Recht also für die Zukunft ausgeschlossen wird. Damit wird das Recht zu einem befristeten, das nur innerhalb gewisser Zeit gebraucht werden kann, und auf welches also nach § 38 auch nur innerhalb gewisser Frist verzichtet werden kann. So ergibt sich, dass für wissenschaftliche Forschung das Präclusionsprincip allein brauchbar ist. Der Nichtgebrauch des Rügerechts der Unzuständigkeit schafft die Zuständigkeit. Regelmässig muss dieser Nichtgebrauch erkennbar werden erst im Zeitpuncte der Einlassung. Nach § 38 kann er auch früher erkennbar werden durch bindenden, d. i. vertragsmässigen Verzicht. So hängt doch wieder in allen Fällen die Prorogation vom Willen des Beklagten ab. Er kommt aber nicht mehr als constitutives Moment, sondern nur als competenzzerstörendes oder competenzhinderndes Moment in Betracht. Die prorogatio ist nicht mehr Parteihandlung, sondern Handlung des Gesetzgebers = bedingte Zuständigkeitserweiterung.

§ 42.

An § 39 knüpft sich noch eine weitere Controverse. Es fragt sich nämlich, ob im Ausbleiben des Beklagten im Termine zur mündlichen Verhandlung eine Prorogation

liege.*) Eine solche könnte jedenfalls nur angenommen werden, wenn für den Fall dieses Ausbleibens der § 38 oder der § 39 der C.-P.-O. anwendbar wäre. Demnach ist die erste Frage die, ob das Ausbleiben des Beklagten dessen Willen zum Ausdruck bringt, dass dieses Gericht zuständig sein solle, oder dass er auf die Rüge der Unzuständigkeit diesem Gerichte gegenüber verzichte. Da nun aber aus der Thatsache des Nichterscheinens durchaus nicht ersehen werden kann, warum der Beklagte ausbleibt, vielmehr der Grund des Ausbleibens ein mannigfaltiger sein kann, ist es ohne eine zwingende gesetzliche Vorschrift unmöglich, aus dieser Thatsache allein den Prorogationswillen des Beklagten zu folgern. Damit soll indessen nicht geleugnet werden, dass im Zusammenhalte mit anderen Thatsachen auch das Ausbleiben unter Umständen dazu beiträgt, dem Richter die Überzeugung zu verschaffen, dass beispielsweise ein pactum de prorogando zwischen den Parteien geschlossen worden sei, dass das Ausbleiben des Beklagten nur darin seinen Grund habe, dass er gegen den Anspruch nichts vorzubringen hat, ihm aber auch die Mittel fehlen, ihn zu befriedigen. Jedenfalls aber kann aus der contumacia des Beklagten allein kein Schluss auf den Willen, sich diesem Gerichte zu unterwerfen, gezogen werden. Denn wenn die Ladung eine Aufforderung des Gerichts an den Beklagten zum Erscheinen ist, so verrät es keinesfalls Unterwerfung, wenn der Geladene nicht erscheint.

Es kann also nur noch fraglich sein, ob im Falle des § 296 nicht § 39 der Civil-Process-Ordnung zutrifft. Nach dem Wortlaute des letzteren Paragraphen**) geht es entschieden nicht an, denselben auch im Falle des Ausbleibens oder Nichtverhandelns des Beklagten zur Anwendung zu bringen. Es könnte aber behauptet werden, dass § 39 nur infolge einer misslungenen Fassung das nicht zum Ausdruck bringe, was der Gesetzgeber durch ihn aussprechen wollte. Man könnte sagen, es sei ja zugegeben, dass das Hauptgewicht in § 39 auf den Ausschluss der Incompetenzeinrede zu legen sei. Dieser wirke die Prorogation, und es sei darum nicht abzusehen, warum er nicht auch im Versäumnisfalle, wo ja auch Ausschluss der Einrede erfolge, dieselbe Wirkung äussern sollte. Indessen ist doch zu entgegnen, dass, wenn auch in § 38 und 39 die Präclusion der Einrede die Zuständigkeit bewirkt, sich doch in § 39 noch eine Schranke findet, innerhalb welcher der Verschweigung der Einrede dieser Effect zugeschrieben wird. Wir sind aber nicht berechtigt, diesen Zusatz, »wenn er zur Hauptsache mündlich verhandelt hat«, einfach zu ignoriren. Es dürfte eine völlig unberechtigte Interpretation sein, zu sagen, der Ausschluss der Incompetenzeinrede habe die Zuständigkeit im Gefolge, wenn das Gesetz sagt, dass die Zuständigkeit eintrete, wenn infolge der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache die Einrede ausgeschlossen ist.

Es wird nun allerdings behauptet, dass in dem vorliegenden Falle die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zwar nicht realiter vorhanden sei, dass sie aber, wie aus § 296 hervorgehe, fingirt werde. »Was aber von der wirklichen litis contestatio gelte, müsse natürlich auch von der fingirten gelten.«***) Dieses letztere Argument scheint mir zunächst

*) Wach im Archiv Bd. 62 S. 38 sagt: »Wer die Grundanschauung teilt, dass die Prorogation nicht durch Vereinbarung, sondern durch Verschweigen der Incompetenzeinrede erfolge, muss sich folgerichtig dieser Anschauung anschliessen«. Bolgiano zur Lehre vom vereinbarten Gerichtsstande in Grünhut's Zeitschrift Bd. 12 S. 594, Anm. o stimmt diesem Satze zu.

**) § 39 fordert eine mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache. Hievon ist aber hier begreiflich keine Rede. Es findet überhaupt keine Verhandlung des Beklagten satt. Das Wesen des Versäumnisverfahrens besteht ja darin, dass 1) die Thatsache der Versäumung seitens der ungehorsamen Partei sammt ihren gesetzlich vorgeschriebenen Folgen bezüglich der Feststellung des im Urteil zu verwertenden Streitstoffes, 2) das einseitige Vorbringen der erschienenen Partei dem Urteil zu Grunde gelegt wird.

***) So z. B. Bolgiano in Grünhut's Zeitschrift a. a. O. S. 601.

nicht gerechtfertigt. Wenn es sich bei der Fiction im allgemeinen um den Verlust eines Processrechts der Partei handelt,*) so glaube ich, wird die Fiction nicht weiter interpretirt und angewendet werden dürfen, als nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzgebers notwendig ist. Wenn also im Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben wird, dass litis contestatio oder mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache anzunehmen sei, wird sie auch nicht angenommen werden dürfen. Es ist nicht vorgeschrieben, anzunehmen, der Beklagte habe zur Hauptsache mündlich verhandelt und hiebei das klägerische Vorbringen zugestanden. Es wird also nicht eine Thätigkeit, eine Processhandlung des Beklagten fingirt, sondern ein Ausserstreitgesetztsein, somit die Eigenschaft des klägerischen thatsächlichen Vorbringens, kraft deren es unverändert und vollwirksam als Grundlage des Urteils benützt werden kann. Überhaupt wird doch wohl kaum ausser Betracht gelassen werden dürfen, dass das Versäumnisverfahren auf lex specialis beruht. Es ist dazu bestimmt, es dem Beklagten (überhaupt der Partei) unmöglich zu machen, sich seiner Pflicht zu entziehen. Infolge dessen wird er genötigt, Recht zu geben, insoweit dies von ihm verlangt werden muss. Er wird aber nicht genötigt, auf Rechte zu verzichten, die ihm lediglich in seinem eigenen Interesse gewährt sind.

Weiterhin ergibt sich noch ein sehr bedeutender Unterschied zwischen dem Ausschluss der Einrede infolge wirklicher Litiscontestation und dem Ausschluss der Unzuständigkeitsrüge wegen Ausbleibens oder Nichtverhandelns im Termine zur mündlichen Verhandlung. Hat der Beklagte sich vorbehaltslos eingelassen, so ist seine Einrede definitiv verloren (Restitution in Ausnahmsfällen vorbehalten). Das ergibt sich aus § 247^{I} und ^{III}, aber auch aus § 208^{I}. Dieser letztere § findet aber keine Anwendung für den Fall der Versäumnis des Beklagten.**) Hier findet lediglich § 296 Anwendung. § 296 enthält aber bezüglich des Ausschlusses einer einzelnen Processhandlung keine ausdrückliche Bestimmung. Er berührt nur die Thatsache, dass die Partei nicht erscheint (bezw. nicht verhandelt).

Es wird die Partei im Versäumnisfalle eben mit allen vorzunehmenden Handlungen zugleich, mit keiner aber speciell ausgeschlossen, und dieser Ausschluss ist lediglich ein thatsächlicher, kein auf specieller gesetzlicher Bestimmung beruhender. Hinwiederum ist der Ausschluss im Versäumnisfalle nur ein provisorischer, zu dessen Beseitigung es keiner in integrum restitutio, sondern nur des Einspruchs bedarf. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung wird also die Anwendung des § 39 auch auf das Versäumnisverfahren ausgeschlossen sein.

Dass die Absicht der Verfasser des Entwurfs und der Motive dahin ging, dass beim Ausbleiben des Beklagten die Fiction des § 39 keine Anwendung finden solle, ist allseitig anerkannt. Es fragt sich eben nur, ob nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht doch § 39 auch im Falle des § 296 zur Anwendung zu kommen habe. Und diese Frage glaubte ich verneinend beantworten zu müssen.

Mit dieser Erörterung ist nun allerdings die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass auch bei Ausbleiben des Beklagten unter Umständen ein Versäumnisurteil gegen ihn ergehen

---

*) Planck, Lehrbuch S. 285, 286.

**) Auch die Motive zu § 201 rechnen den § 285 des Entwurfs zu denjenigen Vorschriften, welche die »besonderen Folgen der Versäumung« regeln. «§ 201 (208) behandelt nur die allgemeinen Folgen der Versäumung einer Processhandlung und spricht in abstracto aus, welche Folgen es habe, wenn eine Partei eine befristete processuale Einzelhandlung oder einen Termin versäumt, bezw. eine Processhandlung während der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Teil (partiell) unterlässt.«

kann. Nur das ist geleugnet, dass aus der Thatsache des Nichterscheinens auf Prorogation geschlossen werden muss in Anwendung des § 39. Da vielmehr bei Ausbleiben des Beklagten das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers zufolge § 296 als zugestanden anzunehmen ist, wird es darauf ankommen, dass der Kläger einen Prorogationsvertrag behaupte und diese Behauptung nach § 300 Z. 3 C.-P.-O. dem Beklagten rechtzeitig mittelst Schriftsatzes mitteile. Gleichgiltig ist es, ob er diese Behauptung schon im Klageschriftsatz aufgestellt hatte — wie es dann der Fall sein wird, wenn schon vor der Klagerhebung ausdrücklich oder stillschweigend ein pactum de prorogando geschlossen sein soll — oder erst in einem später zugestellten Schriftsatze, wenn ein solcher Vertrag beispielsweise erst nach der Klagserhebung geschlossen wäre. Hervorgehoben verdient nur noch das eine zu werden, dass die blosse Behauptung, das Gericht sei zuständig, nicht genügt, weil sie kein thatsächliches Vorbringen ist, sondern ein Schluss aus Thatsachen nach Massgabe des Gesetzes. Gleichgiltig ist aber dann, ob auf Grund der behaupteten und begründeten Zuständigkeit ein Versäumnisurteil nach Massgabe der Klagsbitte oder auf weniger, als diese enthält, oder nur auf die Processkosten verlangt wird.

§ 43.

Mit einigen Worten soll hier noch auf den Fall eingegangen werden, wo — durch Prorogation zu hebende Unzuständigkeit des Gerichts vorausgesetzt — der Kläger den Termin zur mündlichen Verhandlung versäumt.

Auch hier wird vor allem festgestellt werden müssen, dass das Ausbleiben des Klägers allein — so wenig wie dies beim Beklagten der Fall ist — nicht auf einen Prorogationswillen desselben schliessen lässt. Im Zusammenhalte mit anderen Umständen wird dagegen auch das Ausbleiben des Klägers als aus dem Willen, hier Recht zu nehmen, entsprungen erkennbar sein. Wenn z. B. der Kläger erst nach Erhebung der Klage auf die Unzuständigkeit aufmerksam gemacht worden ist, dann in einem zur Beweiserhebung bezüglich einer processhindernden Einrede bestimmten Termine ausbleibt, weil — wie er sich äussert — das Gericht doch nicht mehr Zeit habe, nach geschlossener Beweiserhebung zu verhandeln, so ist ersichtlich, dass er trotz seines Ausbleibens mit der Verhandlung der Sache vor dem unzuständigen Gerichte einverstanden ist.

Will nun in dem jetzt zu untersuchenden Falle der Beklagte auf Grund einer vor der Klagerhebung geschlossenen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung Versäumnisurteil gegen den Kläger beantragen, so muss er einmal die Voraussetzungen nachweisen, dass er berechtigt ist, von diesem Gerichte eine Entscheidung zu verlangen. Er muss also die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zwischen ihm und dem Kläger behaupten und hiebei weiter die rechtzeitige Mitteilung an letzteren gemäss § 300 Z. 3 nachweisen. Diese Mitteilung ist auch erforderlich, wenn vor dem Amtsgericht ein Versäumnisurteil begehrt wird. Es findet also immerhin eine mündliche Verhandlung statt, aber einmal nur eine einseitige des Beklagten und ferner nur eine Verhandlung über den Antrag auf Versäumnisurteil, nicht über die Sache selbst. Dass der Anspruch des Klägers im Urteil, wenigstens soweit er zurückzuweisen ist (§ 296 Abs. 2), in Betracht gezogen wird, obwohl er noch nicht vorgebracht ist, wird in der Art zu erklären sein, dass der Vortrag der Klage seitens des Beklagten genügt, um das Princip der Mündlichkeit zu wahren.

Gelingt es dem Beklagten nicht, seine dem Gegner rechtzeitig mitgeteilten Behauptungen bezüglich der Competenz dem Gerichte zu beweisen, so wird Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil durch Beschluss nach § 300 zu erfolgen haben.

Ähnlich wird nun auch zu verfahren sein, wenn eine erst nach der Klagserhebung geschlossene Vereinbarung behauptet werden will. Dass in diesem Falle des klägerischen Ungehorsams die Fiction des § 39 nicht Platz greifen kann, ergibt sich, abgesehen davon, dass die Bestimmung des § 39 wohl nur — wie oben ausgeführt — für das ordentliche contradictorische Verfahren gegeben ist, daraus, dass es in dem fraglichen Falle zu einer Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache gar nicht kommt.*) Es wird lediglich darüber verhandelt, ob der nicht erschienene Gegner zur Erfüllung seiner processualen Pflicht zu zwingen sei, nichts wird dagegen zum Zwecke der Verteidigung gegen den klägerischen Anspruch selbst verhandelt.

Von der behaupteten Zuständigkeit kann auch der Beklagte nicht blos zum Zweck der Erreichung eines Versäumnisurteils Gebrauch machen, dahin, dass Kläger mit seiner Klage abgewiesen werde. Sein Anspruch kann auch auf weniger gehen. Er kann nur Abweisung eines Teils des Anspruchs verlangen, auch nur Verurteilung des Klägers in die Kosten, wenn vorher z. B. die Klage zurückgenommen wurde.**)

§ 44.

Ausser Betracht wurde im Bisherigen die Möglichkeit einer restitutio in integrum gegen den Verlust der processhindernden Einrede der Unzuständigkeit gelassen. Eine solche Restitution wird in § 247^{III} dann versprochen, wenn mit dem Eintritte der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache nach § 247^{I} mit § 247^{III} und § 208^{I} die Einrede der Unzuständigkeit ausgeschlossen und verloren ist. Mit der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ist ersichtlich, ob die Einrede gebraucht wurde oder nicht, da sie von nun an nicht mehr vorgebracht werden kann — selbstverständlich von dem jetzt zu betrachtenden Ausnahmsfalle abgesehen. Nach § 39 ist somit von nun ab stillschweigende Vereinbarung der Parteien anzunehmen und dadurch die Zuständigkeit des Gerichtes hergestellt.

Nun wird aber in § 247 Abs. III ganz allgemein für alle processhindernden Einreden, also auch für die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts, unter gewissen Voraussetzungen Restitution versprochen. Es handelt sich also, wie schon das Wort sagt, darum, einen bereits eingetretenen Nachteil wieder gut zu machen, nicht aber darum, dass die Fiction des § 39, weil ja ein Gegenbeweis zugelassen werde, etwa keine Fiction sei.

Nach § 247^{III} ist die Folge der Restitution die, dass nunmehr nachträglich die Einrede vorgebracht werden kann: »sie kann in diesem Falle nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache geltend gemacht werden.« Wenn also das Gesetz zulässt, dass der Beklagte nachträglich Unzuständigkeit des Gerichts behaupten darf, so folgt, dass die bereits eingetretene Zuständigkeit infolge der Restitution nicht mehr vorhanden, also aufgehoben sei.

Eingetreten war nichtsdestoweniger die Fiction, allerdings vorbehaltlich einer ebenfalls begründeten Aufhebungsmöglichkeit. Von dem Augenblick an, wo Restitution gewährt ist,

---

*) Vgl. Planck Lehrbuch S. 72^{17}, 419^{8}. Ein mündliches Verhandeln erfolgt allerdings (Struckmann-Koch zu § 39^{I} behauptet das Gegenteil).

**) Planck Lehrbuch 186^{54}, 321^{7}.

wird dem Richter nicht mehr befohlen, stillschweigende Vereinbarung anzunehmen, vielmehr muss das, was bisher unter der Annahme der Vereinbarung geschehen war, wieder zu nichte werden. Die Verhandlung zur Hauptsache, die bisher stattgefunden hat, stellt sich als nichtig heraus, wenn die nunmehr restituirte Einrede Erfolg hat. Jedenfalls ist das Verfahren in ein früheres Stadium zurückversetzt. Die Verhandlung zur Hauptsache, die bereits stattgefunden hat, ist rechtlich ebenso anzusehen, wie wenn der Beklagte gleich anfangs salva declinatoria fori zur Sache eventualiter verhandelt hätte.*)

Indessen wird diese Restitution keineswegs immer in Aussicht gestellt, wenn das Verschweigen der Einrede und die Verhandlung zur Hauptsache ohne die Absicht zu prorogiren stattgefunden hat. Im Gegenteile wird sie an mannigfache Voraussetzungen geknüpft im Gegensatze z. B. zu der Restitution mittels des Einspruchs gegen die Fiction des § 296. Nach § 39 ist eben die Unzuständigkeitseinrede definitiv präcludirt, während die Fiction des § 296 lediglich einen provisorischen Character hat. Nach § 247^{III} wird nämlich Glaubhaftmachung einer doppelten causa restitutionis verlangt. Der Beklagte muss darthun, dass er nicht im Stande gewesen sei,**) die Einrede vorzubringen und weiterhin, dass diese Unmöglichkeit nicht durch sein eigenes Verschulden verursacht war. Es wird sich also meist darum handeln, dass der Beklagte ohne sein Verschulden erst nachträglich von der Unzuständigkeit des Gerichts Kenntnis erhält (noviter repertum).***) Dagegen dürfte nicht an den Fall zu denken sein, dass das Gericht erst nach der Klagserhebung unzuständig geworden ist (novum). Durch die Klagserhebung wird nämlich die zu dieser Zeit vorhandene Competenz des Gerichts perpetuirt, d. h. unabhängig von Umständen, die die Zuständigkeit sonst aufheben würden.†)

§ 45.

Hindernisse der Prorogation. Wenngleich die Bestimmungen der R.-C.-P.-O. darauf ihr Augenmerk richten, die Prorogation in möglichst weitem Umfange dem Parteiinteresse dienstbar zu machen, hat man sich doch veranlasst geglaubt, aus Rücksichten öffentlich-rechtlicher Natur gewisse Schranken für dieselbe festzusetzen. Da es doch immerhin mehr oder minder Sache des subjectiven Ermessens ist, wie weit bei dieser Einschränkung der Prorogationsmöglichkeit gegangen werden soll, werden wir uns wohl mit einer enumerirenden Erwähnung der Bestimmungen der Processordnung begnügen müssen.

Zunächst wird eine Weiterbildung des pactum de prorogando auf gewohnheitsrechtlichem Wege durch die Norm des § 40 Abs. I zu verhindern gesucht. Nach den Motiven hat zu dieser Beschränkung der Prorogationsmöglichkeit die Erwägung Anlass gegeben, dass man dafür sorgen müsse, dass nicht der allgemeine Gerichtsstand willkürlich ausgeschlossen werde. Wie hier ein öffentliches, allgemeines Interesse an der Aufrechterhaltung des allgemeinen Gerichtsstandes angenommen wird, so soll nach § 40 II die Statuirung eines ausschliesslichen Gerichtsstandes nicht umgangen werden können. Die Gründe, die den Gesetzgeber veranlasst haben, diese Rechtsstreitigkeiten vor ein ausschliessliches Forum zu verweisen, scheinen ihm auch die Ausschliessung der Vereinbarung über die Zuständigkeit zu fordern. In Betracht ist

*) Planck Lehrbuch S. 310^{12}.

**) § 247 III, 465 I. Wilmowski-Levy C.-P.-O. S. 65 N. 1.

***) Vgl. auch den Fall bei Planck Lehrbuch S. 92^{25}.

†) Planck Lehrbuch S. 94^{6}, vgl. dagegen Wilmowsky-Levy Commentar zu § 247 Nr. 4.

hier aber zu ziehen, dass unter dem Namen »ausschliesslicher Gerichtsstand« auch die ausschliesslich sachliche Zuständigkeit mit inbegriffen sein soll.*)

Endlich wird die Vereinbarung als unzulässig erklärt, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft. Es hängt diese Bestimmung mit der Erwägung zusammen, dass regelmässig die Privatrechtsverhältnisse der Disposition der Parteien unterstehen, dass aber auch nur, insoweit dies der Fall ist, der Partei gestattet sein soll, wie auf ihren Anspruch überhaupt, so auch auf einzelne Processrechte, die ihr zur Durchsetzung desselben gewährt sind, zu verzichten. Wo sie aber auf ihren Anspruch nicht verzichten kann, soll sie auch auf die Einrede der Unzuständigkeit nicht verzichten können, resp. ihr Verzicht wirkungslos sein. § 247^{III}.

Ein ernstlicher Zweifel darüber, ob sich § 40 auch auf § 39 beziehe, wird kaum entstehen können. Soweit § 40 eine Vereinbarung bezüglich eines bestimmten Rechtsverhältnisses fordert (also Abs. I des § 40), schliesst er die Annahme der stillschweigenden Vereinbarung nach § 39 naturgemäss aus. Die Vereinbarung, die rechtlich wirkungslos sein soll nach § 40^{I}, setzt eine Mehrzahl von Rechtsstreitigkeiten voraus, während die vorbehaltlose Einlassung nur Wirkung auf den einen Process, in dem sie vorgenommen wird, äussern kann.

Dass aber § 40^{II} durch den Ausdruck »ist unzulässig« kein Hindernis bildet, den § 40 auch auf § 39 zu beziehen, ergibt sich daraus, dass ja auch bei § 38 Vereinbarung thatsächlich vorliegt, obwohl dieselbe nach § 40^{II} unzulässig, d. h. ohne rechtliche Wirkung ist.**) Ebenso ist es nichts ungereimtes, wenn der Richter zunächst veranlasst wird, Vereinbarung anzunehmen und wenn ihm dann die Norm an die Hand gegeben wird, dass diese Vereinbarung wirkungslos sei.

Dagegen bezieht sich § 247^{III} verbotenus: »auf welche er wirksam nicht verzichten kann«, nur auf § 40^{II}. Denn im Falle des § 40^{I} liegt das Hindernis des Verzichts nicht an der Einrede, sondern am Verzicht selbst. Es trifft also die Bestimmung des § 247^{III}, »wenn dieselben entweder solche sind, auf welche etc.«, nicht zu.

§ 46.

Die Grenzen, welche der Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte in Ansehung der letzteren gezogen werden, sind in den Worten des § 38 »ein Gericht erster Instanz« statuirt.

Im Einklange mit den Bestimmungen des römisch-canonischen Rechts wird somit die Prorogation an einen privatus ausgeschlossen, aber auch die an Personen, welche Träger einer öffentlichen Gewalt im Gegensatze zur Gerichtsgewalt für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind. Abgesehen von den Schwierigkeiten, die eine Ausdehnung der Prorogationsmöglichkeit auf diesem Gebiete für die Behandlung der Sache durch den iudex prorogatus im Gefolge hätte, hält das Gesetz die Zahl der Gerichte des Staats für ausreichend, alle auftauchenden Rechtsstreitigkeiten zu erledigen.

Die Norm des § 38 bezieht sich aber auch nur auf die inländischen Gerichte. Nur sie sind Gerichte im Sinne des deutschen Gesetzes, und wo die Processordnung von Gerichten spricht, denkt sie stets an die Gerichte, für welche sie das Verfahren zu ordnen beabsichtigt.

---

*) Darum ist auch dieser Ausdruck incorrect. Planck Lehrbuch S. 81^{80}.

**) Ueber die Gleichartigkeit der Ausdrücke: »hat keine rechtliche Wirkung« und »ist unzulässig« Wilmowski-Levy Commentar zu § 40.

Findet eine Prorogation an ein ausländisches Gericht seitens der Inländer gleichwohl statt, so ist das Urteil des ausländischen Gerichtes natürlich als solches vollkommen giltig; im Inland aber hat es keine Giltigkeit. Zwar sind die Competenzregeln des Inlandes, wie die Motive zur C.-P.-O. bemerken, ohne Unterschied zwischen Inland und Ausland bemessen.*) Aber wenn der verklagte Inländer nicht bei dem angegangenen ausländischen Gerichte seinen Gerichtsstand hat — wie hier vorausgesetzt ist —, so ist nach inländischem Rechte das ausländische Gericht unzuständig. Dafür aber, dass sich diese unterscheidungslose Normirung der Competenz nicht auch auf die Bestimmungen über Prorogation erstreckt, spricht vor allem der Umstand, dass die Bemerkung der Motive dem Wortlaute nach nur auf die Regelung des »Gerichtsstandes«, also wohl des 2. Titels von Buch I, Abschnitt 1 der Processordnung zu beziehen ist. Allein es wird zu §§ 610, 611 des Entwurfs ausdrücklich hervorgehoben, dass »die Frage, ob rücksichtlich der Zuständigkeit des Gerichts, dessen Urteil vollstreckt werden soll, ein Bedenken obwaltet, nach den Vorschriften des inländischen Rechts, einschliesslich der Vorschriften über die Prorogation zu prüfen« sei. Hienach scheinen die Motive auch eine Prorogation an ein ausländisches Gericht in dem gleichen Umfange, wie an ein inländisches gestatten zu wollen. Ob aber nach der Fassung des Gesetzes dieser Wille genügend zum Ausdruck gebracht ist, dürfte zweifelhaft sein.**) Auf die Gefahr, welche eine zu weite Erstreckung der Prorogationsmöglichkeit in dieser Richtung in sich birgt, hat Planck Lehrbuch a. a. O. hingewiesen.

Unter den inländischen Gerichten für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten können durch Vereinbarung nur ordentliche Gerichte erster Instanz zuständig werden. Sachen, die vor die ordentlichen Gerichte gehören, können nicht durch Prorogation an ein Sondergericht gebracht werden, während umgekehrt die Vereinbarung Wirkung haben wird. Die Bestimmung, dass nur ein Gericht erster Instanz zuständig werden kann, ist dahin aufzufassen, dass es genügt, wenn das betreffende Gericht auch Gericht erster Instanz ist.

Von einer Competenzbegründung kann aber da nicht die Rede sein, wo die Zuständigkeit schon gegeben ist, wie dies hinsichtlich derjenigen Fälle zutrifft, in denen eine Sache an die Handelskammer gehört. Hier ist die Civilkammer ebensogut zuständig, wie die Kammer für Handelssachen. Die Vereinbarung, eine Sache an die eine oder andere Kammer zu bringen, gehört somit nur als Analogon der Zuständigkeitsvereinbarung in die Lehre von der letzteren. Es handelt sich nicht darum, die Sache an ein unzuständiges Gericht zu bringen.

§ 47.

Ein Überblick über den Stand der heutigen Rechtsvorschriften ergibt folgendes:

Der Grundgedanke, der in denselben zum Ausdruck kommt, ist der, dass die Verteilung der Gerichtsgewalt in örtlicher und sachlicher Hinsicht vom Gesetze nicht einseitig, sondern unter Berücksichtigung des Parteiwillens erfolgt. Wo das öffentliche Interesse nicht den Ausschluss der Prorogation zu erfordern schien, wird diese in zweifacher Wirkung gestattet. Zulässig soll:

1) Die Begründung der Gerichtszuständigkeit, sowie
2) die Aufhebung derselben sein.

*) Zu § 13 des Entwurfs.
**) Vgl. Planck Lehrbuch S. 80[25].

Die Form, in welcher diese Parteidisposition gestattet wird, ist die, dass zunächst die gesammte Masse der möglicher Weise auftauchenden Processe unter die Gerichte verteilt wird. Diese Verteilung hat nach der Modificirung durch die folgenden Prorogationsbestimmungen eine doppelte Bedeutung. Sie soll zur Anwendung kommen, wenn der Wille der Parteien, bezw. deren Verhalten sie nicht ausschliesst, aber auch in dem Falle, wo das Gesetz die Prorogation verbietet.

Von der letzteren Eventualität abgesehen, wo die Pflicht der Parteien, vor bestimmten Gerichten Recht zu nehmen, in den Vordergrund tritt, erhält der Beklagte durch die Zuständigkeitsordnung ein Recht, vor den nach derselben für ihn und seine Angelegenheiten nicht bezeichneten Gerichten die Unterwerfung zu weigern.*) Er muss aber seinen Ablehnungswillen rechtzeitig dem Gerichte erklären, d. h. die Einrede der Unzuständigkeit innerhalb der für dieselbe festgesetzten Frist gebrauchen.**)

Thut er dies nicht, oder verzichtet er vertragsmässig auf diese Einrede, wo er noch Gelegenheit hätte, von ihr Gebrauch zu machen, so schreibt das Gesetz vor, dass das Gericht zuständig werde und zwar für den einzelnen Rechtsstreit. Soweit hiedurch dem Gerichte lediglich die bis dahin mangelnde örtliche Zuständigkeit beschafft wird, wird auch jetzt noch ein***) forum pacticium geschaffen, welches zu den sämmtlichen fora legalia in Gegensatz tritt. Die Weiterung der Processordnung besteht nur darin, dass sie auch die mangelnde sachliche Zuständigkeit des Gerichts innerhalb gewisser Schranken ergänzen lässt. Diese Zuständigkeit des Gerichts infolge Prorogation hat dann aber auch die Wirkung, dass nunmehr der Instanzenzug für diesen Process derselbe sein soll, wie er im Falle von Anfang an vorhandener Zuständigkeit gewesen wäre.†) Infolge des Mangels einer näheren Bestimmung des Inhalts der Vereinbarung über die Zuständigkeit kann eine dermassen begründete Zuständigkeit, wie eine legale Zuständigkeit durch Vertrag auch wieder aufgehoben werden. Wenn das Gericht vom Kläger noch nicht angegangen ist, wird hiedurch diesem die Möglichkeit benommen, es nunmehr noch anzugehen. Der Aufhebungsvertrag hat dem Beklagten die praescriptio fori restituirt. Ist aber die Klage schon erhoben, so wird ein solcher Verzicht des Klägers auf die durch Vertrag eingetretene Zuständigkeit, die Restitution der Einrede nur solange wirken, als dem Beklagten noch gestattet ist, von ihr Gebrauch zu machen, also nicht mehr nach der Verhandlung zur Hauptsache.††) Zwar kann auch jetzt noch mit Einwilligung des Beklagten die Klage zurückgenommen und bei einem anderen Gerichte erneuert werden. Dadurch wird aber die Competenz des Gerichts nicht aufgehoben. Es wird von ihr nur kein Gebrauch gemacht. Wenn nunmehr die Klage zurückgenommen wird, so käme es darauf an, was die Vereinbarung zwischen den Parteien bezweckt. Sollte lediglich die Competenz des gemäss der früheren Vereinbarung allein noch zuständigen Gerichts aufgehoben werden, so würde das nicht angehen. Das Gesetz gestattet nur ausschliessliche Zuständigkeit zu begründen, also Aufhebung der Zuständigkeit in Verbindung mit Begründung der Competenz eines anderen Gerichts. Soll dagegen die Klage an ein anderes Gericht gebracht werden, so würde die Zuständigkeit dieses Gerichts allerdings erlöschen.

*) Planck Lehrbuch S. 267. Wilmowski-Levy C.-P.-O. S. 65[1], § 16 G.-V.-G. § 248 C.-P.-O.

**) Wilmowski-Levy a. a. O. § 247. 465.

***) Ein besonderer Gerichtsstand.

†) Planck Lehrbuch S. 81 II.

††) Resp. nach Vorbringung einer anderen processhindernden Einrede.